中国法律制度导论

An Introduction to Chinese Legal System

李兴安

Informyth　　英方敏思

中国法律制度导论

中国法律
制度导论

李兴安　法学博士，计算机科学哲学博士
塔林大学法学院副教授，爱沙尼亚

Informyth, Turku, Finland
芬兰图尔库 · 英方敏思

©Xingan Li，2014. All rights reserved. No part of this book shall be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted by any means – electronic, mechanical, photocopying, recording, or otherwise – without written permission from the publisher.

©李兴安，2014。
版权所有。本书受版权保护。未经版权所有人书面许可，本书任何部分都不得以任何形式或者任何方式，包括复印，或者采用任何信息存储或者检索系统进行复制。

芬兰共和国印制
Made in the Republic of Finland

Title in Chinese: 中国法律制度导论
Title in Chinese Pinyin: Zhongguo Falv Zhidu Daolun
Title in English: An Introduction to Chinese Legal System
2014 年 12 月第一版第一次印刷
First Edition, First Impression, December 2014
ISBN 9789526792712 (PDF)

Informyth, Turku, Finland
芬兰图尔库 · 英方敏思

中文版序言

本书的完成得益于笔者在塔林大学法学院承担的中国法律制度概论课程的教学。教学语言是英语，不过准备的过程却是中、英并用。为达成此任务，产生了写作本书的动机和压力，并且将本书以中、英两个版本先后面世。来自于爱沙尼亚、芬兰、土耳其、德国等国家的近三十名学生参加了第一期的教学。他们对于各自国家的法律、比较法的了解，表现于课程教学中的讨论、作业甚至考试中。因此，课程虽然尽可能放在中国背景下讲解，但是不可避免地充满比较的成分。课堂教学和讨论的过程使我受益匪浅。

本书旨在为有意了解中国法律体系的读者提供系统的教材，适合已有一国法律基础的法学、社会学和东亚学学生使用。由于法学之博大以及法律体系之繁复，本书并非包罗万象的法律咨询手册，但是也非浅尝辄止的简单比较。它既注重中国法律体系的全貌，又注重所涉法律部门的全貌。在理论、法条和实务之间，本书更着重现行的法律规定。本书并未着意成为一本比较法教材，却是中国法律制度与现状的简明介绍。

本书参考中国出版的多种法学概论和法律基础教材，列在参考文献中。在本书编写过程中，尽可能注明所引用法律条文的来源，以便不熟悉中国法律制度的读者查询。这是多数传统中文教材所未注重的。但是，即使在本书中，为了节约空间，根据上下文，多数条文也并未置于引号中。

感谢我在塔林大学法学院塔林本部和赫尔辛基分部的学生们，他们作为第一批听众在互动中潜移默化的贡献。

李兴安

2014 年 11 月于芬兰图尔库

目　录

第一章　中国法律体系的基本理论

中国法律的基本理论是建立当代中国法律体系的理论基础，也是全面理解当代中国法律体系的钥匙。在中国法学界形成的共识是，中国法律的基本理论涵盖建立于部门法学中的带有普遍意义的结论，包括法律的概念、性质与作用，法律的历史发展，法律与政治、经济、伦理诸社会现象的关系，法律的制定与实施，法律的价值等问题的理论概括。在学习、研究中国法律的时候，这套基本理论有助于全面、系统地把握整个中国法律体系，也有助于全面、系统地理解部门法学。

第一节　中国法律的性质

一、马克思主义的法律概念

中国宪法规定，中国是一个社会主义国家，其指导思想是马克思主义。理所当然地，马克思主义是中国法律体系的名义上的指导思想。中国法律体系中关于法律的概念，被普遍认为是根据马克思主义进行解释的，把法律定义为由国家制定或者认可并以国家强制力保证实施的各种行为规范的总和。根据这个定义，法律具有以下基本特征：

1、法律是通过国家创制的行为规范。国家创制法律有两种方式，一是制定，二是认可。通过这两种方式，国家的统治阶级把自己的意志转化为国家意志。制定通常是指由特定的国家机关按照一定的程序制定成文法。认可则是把已有的规范确认为法律，通常包括三种情况：赋予社会既存的道德、宗教、习俗、礼仪以法律效力，形成习惯法；缔结或者加入国际

条约而接纳国际法规范；概括特定国家机关对具体案件的裁决而产生的规则或者原则并赋予其法律效力。在中国法学家看来，国家是至高无上的。既然法律是由国家所创制，那么它就是一种具有高度统一性和权威性的凌驾于社会之上的力量。其统一性意指除了极其特殊的情况之外，一个国家只能有一个法律体系，而在国家权力的范围内法律必须统一实施、普遍有效。因此，法律在其效力范围内具有普遍约束力，任何国家机关和个人都不得背离法律规范。任何违反法律规定的行为，都是对国家权威的挑战，都应当予以追究。

2、法律是规定权利与义务的行为规范。法律以规定权利与义务的方式调整社会关系、指导人们的行为。法律具体地或者抽象地、直接地或者间接地规定所有社会成员享受什么权利，承担什么义务，以及违背权利与义务行为应当承担的法律责任。当代中国法学家普遍认为，法律既规定统治阶级及其成员的权利与义务，也规定被统治阶级及其成员的权利与义务。法律正是通过为人们规定权利与义务，影响人们的行为动机，指引人们的行为，调整社会关系以致符合统治阶级的根本利益之所在。

3、法律是依赖于国家强制力保证实施的社会规范。不同的社会规范通过不同的强制手段来实现。法律是由国家强制力保证实施的，国家对侵权行为和违反法定义务的行为进行追究、施加制裁。按照中国主流法学理论的理解，其原因在于，法律是以国家意志的形式表现出来的统治阶级的共同意志，集中代表了统治阶级的根本利益和要求。那么，法律的实施就意味着统治阶级的共同意志的实现，是一个迫使被统治阶级服从统治阶级意志的过程，也是一个要求统治阶级个别集团和个人的意志必须服从整个阶级共同意志的过程。

在阶级社会中，各阶级的利益大相径庭，甚至根本对立。即使统治阶级内部，部分与整体之间，个人与阶级之间的利益也存在矛盾和冲突。因此，法律的实施既会遭到被统治阶级的破坏和反抗，也会遭到统治阶级内部的个别集团和个别分子的抵制和阻挠。那么，要保证法律的实施，就必须有相应的国家机关依靠国家的强制力去镇压和制裁这些破坏、反抗、抵制和阻挠，迫使违法者服从法律规定。列宁曾经说过，“一般是用什么来保证法律的实行呢？第一，对法律的实行加以监督。第二，对不执行法律的加以惩办。”[1] 如果法律的实行缺失监督，违法者免于追究，法律就会失去实效。于是，为了监督法律的实施，追究违法者，就需要相应的国家机关，即军队、警察、监狱、法庭。所以，法律的实现必须用国家的强制力来保证。

二、法律的本质

[1]列宁，新工厂法，《列宁全集》第二卷，人民出版社，1984 年版，第 358 页。

马克思主义法学关于法的概念和本质的基本原理和基本理论，主要表述于三个文献中。在《共产党宣言》里，马克思和恩格斯在批驳资产阶级的理论时指出，“你们的观念本身是资产阶级的生产关系和资产阶级的所有制关系的产物，正像你们的法不过是被奉为法律的你们阶级的意志，而这种意志的内容是由你们这个阶级的物质生活条件来决定的。”恩格斯在《论住宅问题》中指出，“在社会发展某个很早的阶段，产生了这样的一种需要：把每天重复着的生产、分配和交换产品的行为用一个共同规则概括起来，设法使个人服从生产和交换的一般条件。这个规则首先表现为习惯，后来便成了法律......立法就显得好象是一个独立的因素，这个因素并不是从经济关系中，而是从自己的内在基础中，例如从‘意志概念’中，获得存在的理由和继续发展的根据。人们往往忘记他们的法权起源于他们的经济生活条件，正如他们忘记了他们自己起源于动物界一样。”马克思在《政治经济学批判》中指出，“‘物质生活的生产方式制约着整个社会生活、政治生活和精神生活的过程’，在历史上出现的一切社会关系和国家关系，一切宗教制度和法律制度，一切理论观点，只有理解了每一个与之相应的时代的物质生活条件，并且从这些物质条件中被引伸出来的时候，才能理解。‘不是人们的意识决定人们的存在，相反，是人的社会存在决定人们的意识’。”因此，中国法学理论把马克思主义关于法的概念和本质的基本原理归纳为：（1）法是统治阶级意志的反映，不过这种意志必须以国家意志的名义出现，而且表现为法律的形式；（2）统治阶级的意志与上升为国家意志即以法律形式体现的意志，性质一致但是概念有别；（3）法的阶级意志性和法律形式化，相对于一定统治阶级和社会存在的物质生活条件，是第二性的，由后者所决定。[2]

1、法律是统治阶级意志的表现。按照中国法学理论的理解，“法律就是取得胜利并掌握国家政权的阶级的意志的表现。”[3] 在阶级对立的社会，“掌握政权的阶级”只能是在经济关系和政治关系中居于统治地位的阶级，因为只有这个阶级才有条件和能力将本阶级的意志直接“奉为法律”。在这里，法律所反映的统治阶级的意志，不是统治阶级的所有意志，而是那些与统治阶级根本利益相联系的那部分意志；同时，法律所反映的统治阶级意志，是这个统治阶级的阶级意志即统治阶级的共同意志，而不是这个阶级内部某些个人的意志的简单相加。

---

[2]孙振中，对马克思、恩格斯关于法的概念和本质与当代中国法学理论发展的看法，《马克思主义法学与当代——暨庆祝孙国华教授从教 50 周年研讨会论文集》，中国金融出版社，2004 年，第 135-135 页。

[3]列宁，社会民主党在 1905-1907 年俄国第一次革命中的土地纲领（1907 年 11—12 月），《列宁全集》，第 2 版，第 16 卷，人民出版社 1988 年，第 292 页。

2、法律是以国家意志表现出来的统治阶级的意志。中国法学理论阐释，马克思、恩格斯所说的统治阶级意志“被奉为法律”的真正含义，是指统治阶级意志仅仅表现为该阶级个别成员的愿望和要求时，是难以令全体社会成员遵行的；只有当它经国家这个中介上升为国家意志即取得“法律的一般表现形式”之后，才能上升为法。实现这一具有实质意义的跨越必须借助国家这一中介。实现这种转变正是通过制定或者认可有两种具体途径进行的。

3、法律的基本内容是由特定的社会物质生活条件决定的。中国的意识形态认为，马克思主义主张物质决定意识，经济基础决定上层建筑。社会物质生活条件，即与人类生存相关的物质资料的生产方式、地理环境和人口等因素中，物质资料的生产方式是决定性因素。只有接受该因素对法律内容的决定作用，才能真正理解和把握法律的本质。这被认为是马克思主义法学在揭示法的本质时，有别于非马克思主义法学的根本之点。除此以外，社会物质生活条件以外的政治、民族精神、科技等等因素也对法律产生的影响，因此，相同或者相似的社会物质生活条件所决定的法律制度之间有时会存在显著差别。

综上所述，在中国法学理论中，法律可以被定义为由特定的社会物质生活条件决定的、通过国家意志表现出来的统治阶级的共同意志。

三、中国社会主义法律的概念和本质

社会主义法律是由社会主义国家制定和认可并由国家强制力保障实施的行为规范体系。中国社会主义法律体现着被中国不同阶段的物质生活条件所决定的、以工人阶级为领导的广大人民的意志，以规定人们在相互关系中的权利与义务的方式，确认、保护和发展有利于社会主义建设事业的社会关系和社会秩序。

按照中国宪法的规定，中国是以工人阶级为领导、工农联盟为基础的人民民主专政的社会主义国家。工人阶级和广大人民群众是国家的主人。国家的立法机关通过法定程序，把工人阶级为领导的广大人民的利益转化为国家意志，成为具有普遍约束力的法律规范，以确认、维护有利于工人阶级和广大人民群众的社会关系和社会秩序。

根据中国的法学理论，中国社会主义的法律必然体现工人阶级为领导的、以工农联盟为基础的广大人民共同意志。这种“共同意志”并不是这些阶级的个别成员意志的机械的总和，也不是自发地形成的，而是在中国工人阶级的先锋队，即中国共产党领导下逐步形成的。同时，这种“共同意志”归根结底来源于社会主义社会生产力和生产关系发展的客观需要。按照中国共产党的政策，中国现在处于中国社会主义初级阶段，其经济结构和阶级结构

决定了当代中国社会主义法律体系需要确认以社会主义公有制为主体的多种所有制经济形式并存，实行以按劳分配为主体的多种分配形式，确立社会主义市场经济机制，维护工人阶级领导的以工农联盟为基础的人民民主专政的国家制度。因此，中国的法律制度是由中国共产党主导的。

第二节　法律与其他社会现象的关系

一、法律与国家

马克思主义对于国家的本质多有论述，这些也都为中国法学理论所认同。例如，恩格斯认为,“实际上，国家无非是一个阶级镇压另一个阶级的机器，而且在这一点上民主共和国并不亚于君主国。”[4] 列宁认为,“在马克思看来，国家是阶级统治的机关，是一个阶级压迫另一个阶级的机关，是建立一种‘秩序’来抑制阶级冲突，使这种压迫合法化、固定化。”[5] 而毛泽东认为，“军队、警察、法庭等项国家机器，是阶级压迫阶级的工具。对于敌对的阶级，它是压迫的工具，它是暴力，并不是什么’仁慈’的东西。”[6] 由此得出结论说，法与国家是相互依存、相互配合、相互制约、相互作用、密切联系的。

1、国家为法律存在的基础。根据这套理论，国家是法律产生、存在和发展的前提条件；国家决定法律。表现在：第一，法律是掌握政权阶级的意志和利益的体现，只有掌握国家政权的阶级，才能把自己的意志上升为国家意志，以法律规范的形式表现出来。第二，国家的性质直接决定法律的性质。国家的性质决定法律的性质，而国家的历史类型的更替都会引起法律的历史类型的更替。第三，国家的职能和任务决定法律的作用和任务。中国国家的根本任务，从 1980 年代前长达三十年的政治斗争转移到以经济建设为中心上来，中国法制建设的任务开始保护和促进社会生产力的发展，维护和促进社会主义现代化建设，为建立和完善社会主义市场经济体制创造良好的法制环境，消除经济建设中的障碍。第四，国家的管理形式和结构形式对法律的制定和实施有重大影响。国家的管理形式即政体，比如君主制和共和制，对法律的形式有直接的影响。国家结构形式是指国家整体和局部，中央和地方国家

[4]《马克思恩格斯文集》第 3 卷，北京：人民出版社，2009 年，第 111 页。
[5]列宁，国家与革命（1917 年 8—9 月）。《列宁全集》第 2 版，第 3 1 卷，人民出版社 1985 年，第 6 页。
[6]《毛泽东选集》第四卷，第 1481 页。

机关之间的组织形式。在单一制国家，全国有统一的宪法和法律体系。在联邦制国家，全国有统一的宪法和联邦法律体系，而联邦的各成员国还有自己的宪法和法律体系。

2、法律为国家存在的工具。统治阶级需要用法来确认自己在政治上的统治地位，使自己的统治合法化、固定化。主要表现在：第一，法律为组织国家机构所必需。国家性质、国家制度、国家管理形式、结构形式、国家机关的地位、任务、职权、组织活动原则及相互关系等都需要用法律作出明文规定。第二，法律是实现国家职能的重要手段。统治阶级要实现国家的政治职能、经济职能、公共事务职能以及对外职能必须运用法律手段。第三，完善国家制度必须依靠法律。随着政治经济的发展，国家制度的某些方面就会产生不适应，统治阶级必须及时进行调整，进行政治体制的改革，使国家制度趋于完善。

二、社会主义法律与中国共产党的政策

社会主义法律与中国共产党的政策是相互作用、相互促进、相互制约、紧密联系的。中国共产党是中华人民共和国先天具有的执政党，其地位是不容挑战的。所以，中国共产的政策和中国法律的关系是非同寻常的。

1、中国共产党的政策对社会主义法律起着指导作用。首先，中国共产党的政策指导社会主义法律的制定。由于官方认为中国共产党的政策天然是建立在科学的世界观、方法论的理论基础之上，能够正确反映社会经济、政治发展的客观要求，而且是对人民共同意志和利益的高度概括和集中体现，所以中国的立法必须以中国共产党的政策为指导，必须体现中国共产党的政策的精神和内容。其次，中国共产党的政策指导法律的实施。在中国，谁能够正确理解和把握法律的精神实质？由于法律是在中国共产党的政策的指导下制定出来的，那么在法律的实施中坚持以中国共产党的政策为指导，就能紧紧把握法律的精神实质，防止盲目性和发生偏差，正确地执法、守法和监督法律的实施。

2、社会主义法律对中国共产党的政策有制约作用。法律是中国共产党的政策的规范化、法律化，具有极大的权威性和普遍约束力，因此，在理论上，中国共产党必须在宪法和法律的范围内活动。首先，中国共产党是中国工人阶级的先锋队，是全国各族人民利益的忠实代表，社会主义法律是工人阶级领导的广大人民意志和利益的体现，是中国共产党领导人民制定的，是中国共产党的主张和人民意志的统一。中国共产党领导人民制定了法律，中国共产党也必须执行和遵守宪法和法律。其次，中国共产党是执政党，对政治、经济、思想文化等各方面实行全面领导，如果中国共产党组织和党员可以超越于宪法和法律之上，就会破

坏法律的权威。再次，宪法和法律是中国共产党的政策的规范化和法律化，执行和遵守社会主义法律，实质上就是执行和遵守中国共产党的政策。最后，中国共产党组织如果不在宪法和法律范围内活动，必然会给国家和人民带来深重的灾难。鉴于中国共产党历史上曾经有过法律实施屡遭破坏的经验教训，中国宪法序言宣告，全国各族人民、一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织，都必须以宪法为根本的活动准则，并且负有维护宪法尊严、保证宪法实施的职责。

三、社会主义法律与社会主义道德的关系

（一）社会主义道德是维护、加强社会主义法制的重要精神力量。

第一，社会主义道德对于社会主义法律的制定具有指导意义。社会主义道德的许多原则和要求，反映和贯穿在社会主义意识中，从而指导社会主义法律的制定。中国《宪法》第24条规定，“国家通过普及理想教育、道德教育、文化教育、纪律和法制教育，通过在城乡不同范围的群众中制定和执行各种守则、公约，加强社会主义精神文明的建设。国家提倡爱祖国、爱人民、爱劳动、爱科学、爱社会主义的公德，在人民中进行爱国主义、集体主义和国际主义、共产主义的教育，进行辩证唯物主义和历史唯物主义的教育，反对资本主义的、封建主义的和其他的腐朽思想。”《民法通则》第4条规定，“民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。”《婚姻法》第2条规定，“实行婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度。保护妇女、儿童和老人的合法权益。实行计划生育。”第3条规定，“禁止包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为。禁止借婚姻索取财物。禁止重婚。禁止有配偶者与他人同居。禁止家庭暴力。禁止家庭成员间的虐待和遗弃。”这些规定充分地反映了社会主义道德对社会主义法律的指导作用。

第二，社会主义道德对社会主义法律的适用和遵守起着促进作用。中国法律工作者一般被要求应当具有良好的职业道德，就能秉公执法，不徇私情，有利于执行社会主义法律。中国司法机关在适用刑法定罪量刑时，考察犯罪嫌疑人主观方面的构成要件，也包含着对其道德观念、道德水平的考察。一般认为，道德觉悟高的人很少违法犯罪，高尚的道德情操会抑制人们的私欲；而道德沦丧的人则容易实施违法犯罪行为。

第三，社会主义道德可以弥补社会主义法律的不足。社会主义的社会关系和社会秩序极其复杂，对于法律没有涉及的一些社会关系，如恋爱关系、友谊关系、长幼关系、同事关系、一般的家庭关系等，可以用社会主义道德进行弥补。

（二）社会主义法律是培养和传播社会主义道德的有效途径

第一，社会主义法律把社会主义道德的基本原则和要求确认下来，使之具有法律的属性，成了法律上的义务，从而使这些规范的实现和传播有了双重保障。例如前述中国法律有关道德的规定。

第二，社会主义法律的实施对社会主义道德的培养和传播起着推动作用。社会主义法律的制定、实施、宣传教育的过程，也是培育和传播社会主义道德，反对和批判旧道德的过程。中国法律不仅规定对于违法犯罪行为的处理和制裁，而且也规定对于先进模范行为的表彰和奖励。中国官方期望，通过规定和适用这些表彰和奖励，处理和制裁，可以使人们受到正反两方面的教育和熏陶，在增强法制观念的同时也增强了道德观念，有助于分清是非荣辱，辨别善恶美丑，树立和发扬社会主义道德风尚。

四、法律与经济

（一）法律被经济基础所决定

马克思主义经典作家对于法律与经济的关系论述颇多，主要认为法律作为上层建筑的组成部分，归根到底由经济基础所决定，有什么样的经济基础就有什么样的法律。正如恩格斯所说："新的事实迫使人们对以往的全部历史作一番新的研究，结果发现：以往的全部历史，除原始状态外，都是阶级斗争的历史；这些互相斗争的社会阶级在任何时候都是生产关系和交换关系的产物，一句话，都是自己时代的经济关系的产物；因而每一时代的社会经济结构形成现实基础，每一个历史时期的由法律的设施和政治设施以及宗教的、哲学的和其他的观念形式所构成的全部上层建筑，归根到底都应由这个基础来说明。"[7] 法律决定于经济基础，表现在：

1、法律的性质被经济基础所决定。自私有制和阶级产生以来，出现过奴隶制、封建制、资本主义和社会主义四种性质不同的法律制度。这四种类型的法律制度都是与当时的经济基础相适应的，正如马克思所说的，"其实，只有毫无历史知识的人才不知道：君主们在任何时候都不得不服从经济条件，并且从来不能向经济条件发号施令。无论是政治的立法或市民的立法，都只是表明和记载经济关系的要求而已。"[8]

---

[7]恩格斯，社会主义从空想到科学的发展(1880 年 1 一 3 月)。《马克思恩格斯选集》第 2 版，第 3 卷，人民出版社 1995 年，第 739 页。

[8] 马克思，哲学的贫困(1847 年上半年)。《马克思恩格斯全集》，第 4 卷，人民出版社第 1 版，1958 年，第 121～122 页。

2、法律的产生被经济基础所决定。在原始社会，经济基础的核心是生产资料原始公有制，没有阶级，因而不存在作为一定阶级意志体现的法律。随着经济的发展，出现了私有制和阶级，才产生了法律。

3、法律的内容在很大程度上被经济基础所决定。规定生产资料所有制，调整生产、交换、分配过程中各种经济关系的法律规范，几乎总是被一定的经济内容所决定。规定国家机关的组织、任务、职权范围、活动方式及相互关系的法律规范，规定惩罚犯罪的法律规范，也必须符合当时经济关系提出的要求、适合经济基础的性质。在与同一经济基础密切结合的不同经济体制下，法律的内容也大有区别。比如，同样是在中国社会主义经济制度下，在实行计划经济体制时，主要运用行政命令、计划等方式来规范经济行为，民商法难以发展；而在实行市场经济体制时，调整权利义务关系和微观经济行为的法律规范受到重视，民商法才得到发展，法律的内容变得丰富。

4、法律的发展变化在很大程度上被经济基础所决定。一方面，法律随经济基础的根本变化发生法律的历史类型的更替；另一方面，在经济基础发生部分变化时，也能引起法律的制定、修改、废除，即引起局部变更。例如，近三十年来，由于中国社会主义经济基础发生变化，中国宪法就做了相应的修改，出现了以公有制为主体的多种经济形式。为了保护和促进私营经济的发展，1999 年《宪法修正案》对《宪法》第 11 条增加规定，“国家允许私营经济在法律规定的范围内存在和发展。私营经济是社会主义公有制经济的补充。国家保护私营经济的合法律的权利和利益，对私营经济实行引导、监督和管理。”由于所有权和经营权的分离，全民所有制工业企业转换经营机制，1993 年《宪法修正案》对《宪法》第 7 条中“国营经济在社会主义全民所有制经济，是国民经济的主导力量。国家保障国营经济的巩固和发展”修改为“国有经济，即社会主义全民所有制经济，是国民经济中的主导力量。国家保障国有经济的巩固和发展。”

（二）法律反作用于经济基础。

1、法律有指引和预测作用。它通过提供行为规范、以法律的形式总结和反映成功经验，来促进经济关系和经济活动向健全、完善的方向发展，引导经济关系和经济活动朝着有利于掌握政权阶级的方向发展，从而对经济基础起引导和促进作用。

2、法律有特殊的权威性和稳定性。用法律来确认一定的经济基础，可以使经济基础具有不可侵犯的性质，可以帮助掌握政权阶级惩治对自己的经济基础进行破坏的行为，维护有利于自己的经济关系和经济秩序。另一方面，用法律来确认一定的经济基础，也可以帮助掌

握政权阶级制约本阶级内部任何组织和个人对自己经济基础的不利行为，使经济基础具有稳定性、连续性，不因人事的变迁而中断或者变动。

3、法律有特殊的强制性。法律可以帮助掌握政权阶级改造或者摧毁旧的、不适合自己需要的经济基础。如共产党政权建立后，1950 年实施了《土地改革法》，对摧毁绵延数千年的封建土地所有制发挥了重要作用。其中第 2 条规定，“没收地主的土地、耕畜、农具、多余的粮食及其在农村中多余的房屋。但地主的其他财产不予没收。”新民主主义向社会主义过渡时期颁行的一系列法律、法规，对生产资料私有制的社会主义改造发挥了重要作用。法律有特殊的强制性，还使它可帮助掌握政权的阶级阻止不利于自己的经济基础的产生，并可以致力于消灭旧经济基础的代表者。另外，法律通过对破坏现存的经济基础的行为的制裁巩固已经建立的经济基础。

（4）法律反映客观经济规律，保证人们按客观经济规律办事，促进经济的发展。但当法律违背了客观经济规律时，就成为阻碍社会经济发展、阻碍社会进步的反动力量。

第三节　中国法律的创制与实施

一、概念

法律的创制指一定国家机关依照法定职权和程序制定、修改、废止规范性法律文件以及认可法律规范的活动。法律的创制是享有法律规范创制权的国家机关的专有活动。它意味着只有国家机关才有权创制法律规范，其他任何社会组织、团体和公民个人，非经国家机关授权，都不得从事此项活动。其次，只有依法享有法律规范创制权的国家机关才能进行该项活动。再次，依照宪法和法律，不同国家机关创制法律规范的权限范围和效力等级也有所不同。最后，国家机关进行法律的创制活动必须遵守法定程序，这不仅是立法过程民主性、权威性的要求，也是立法科学化的要求。

根据法律的创制方式和表现形式的不同，可以把法律的创制分为制定法律规范和认可法律规范。制定法律规范包括法律规范的制定、修改和废止，即国家机关依照法定权限和程序，根据社会生活的需要，运用立法技术，创造或者变动一定行为规范的活动。被创造或者变动的行为规则，都表现在国家机关制定的规范性法律文件之中。认可法律规范指国家机关

根据社会需要，将社会生活中已经以其他形式（如道德、政策、习惯等）存在的一些行为规范认可为法律规范，赋予其法律效力。

二、中国法律创制的基本原则

法律的创制的基本原则是指在立法中应当遵循的指导思想和方针。中国社会主义法律的制定必须坚持以建设中国特色的社会主义理论为根本指针，以“一个中心、两个基本点”作为总的指导思想。这一指导思想在立法工作中的具体表现为以下几个方面：

1、从实际出发，实事求是的原则

这一原则要求国家在创制法律规范时，必须从中国的国情出发，从现实的经济和社会条件出发，深入研究和掌握中国社会主义建设的发展规律，了解和反映广大人民的利益、愿望，根据中国社会主义社会发展规律的要求和广大人民根本利益的要求制定法律。马克思指出，“权利永远不能超出社会的经济结构以及由经济结构所制约的社会的文化发展”[9]，“立法者应该把自己看做一个自然科学家。他不是在创造法律，不是在发明法律，而仅仅是在表述法律，他用有意识的实在法把精神关系的内在规律表现出来。如果一个立法者用自己的臆想来代替事情的本质，那么人们就应该责备他极端任性。”[10] 要进行科学的立法，就必须从社会实际出发，从客观存在的规律性出发，不能把自己的主观愿望或者想象作为立法的根据。

2、原则性与灵活性相结合的原则

原则性与灵活性相结合是马克思主义的一条重要原则，也是社会主义立法工作必须遵循的一项基本原则。原则性就是立法工作中必须坚持“一个中心，两个基本点”[11]的基本路线，坚持以体现和维护最大多数人的最大利益为根本标准，坚持社会主义国家法制的统一，在大的原则问题上作出明确规定。灵活性是指在立法工作必须根据实际情况因地制宜，根据不同时期、不同区域的具体条件，灵活地选择不同的法律调整方法或者制度，并适当地留有余地，使社会主义法制原则得以实现。原则性与灵活性是相辅相成的。在立法工作中，原则

[9] 马克思，哥达纲领批判。《马克思恩格斯全集》第 19 卷，人民出版社第二版，第 22 页

[10] 马克思，论离婚法草案，《马克思恩格斯全集》第 1 卷，人民出版社 1995 年第 2 版，第 347 页。

[11] “一个中心、两个基本点”是中国共产党第十三次全国代表大会提出的党在“社会主义初级阶段”的基本路线的核心，是指以经济建设为中心，坚持四项基本原则，坚持改革开放。在中共十三大上，中共中央总书记赵紫阳作了题为《沿着有中国特色的社会主义道路前进》的报告，阐述了社会主义初级阶段理论，提出在社会主义初级阶段党的基本路线是“一个中心、两个基本点”。后来，以经济建设为中心被解释为兴国之要，四项基本原则被解释为立国之本，改革开放被解释为强国之路。

性是首要的，起主导作用的，灵活性必须服从原则性，为实现法律的基本原则服务。同时也要看到，灵活性是实现一定原则的不可或者缺的手段，离开不同时期的具体方法和手段，社会主义法律的根本任务和历史使命就无法实现，所谓原则性也会成为空话。

在立法工作中坚持原则性与灵活性相结合，还应当注意处理好中央与地方立法权限的划分问题。一方面，社会主义国家的法制必须统一，一切立法工作都必须以宪法为依据，不同类型的规范性文件之间必须保持严格的效力等级关系；另一方面，由于中国幅员辽阔，国情复杂，各地的发展很不平衡，因此，法律的创制权不能全部由中央包揽，而应当在坚持法制统一的前提下，对不同层次的地方和区域的国家机关，授予不同程度的法律规范创制权，使它们可以根据各地的特点创制地方性法律规范，有效地管理地方事务。

3、保持法律稳定性、连续性与适时废、改、立相结合的原则

稳定性是法律的内在属性之一。法律的稳定性是指法律一经制定和颁布实施，就必须保持其严肃性，不能朝令夕改，任意变动。如果法律缺乏稳定性，将会使人们无所适从，而且还会降低法律在人们心目中的地位，影响法律的权威性。

在立法方面，要求立法者在制定、修改或者废止法律时，应当注意新旧法律之间在形式和效力上，有时也包括内容上的连续性。一方面，制定新的法律时，一般应以原有法律为基础，保持新旧法律之间的衔接关系；另一方面，在新的法律尚未颁布生效之前，不能随意中止原有法律的效力。尤其应当注意不允许因领导人的更替或者领导人看法、注意力的改变而随意改变法律规范的效力。法律的适时废、改、立是指立法机关应当根据社会发展变化的要求，及时制定新法律、废止旧法律、修改不适宜的法律。法律的适时废、改、立是保证立法满足社会发展需要的重要条件。

社会结构和社会需要总是不断发展的，法律也要随之作出相应的变化。因而，法律的稳定性与变动性都是相对的，在中国当前的体制改革和建立、健全社会主义法制的过程中，正确处理二者的相互关系尤其重要。一方面，不可片面强调法律的稳定性，致使法律成为改革与发展的桎梏；另一方面，又不可因为局部改革的一时之需，破坏法律体系的整体稳定，牺牲国家法治的长远价值。

4、立法工作中的科学创见原则

科学创见原则就是指立法者应当在总结经验的基础上，根据已经认识到的客观需要和社会发展规律，将规律的要求表现为法律，促进、引导和规范社会关系的发展。在当前中国建立社会主义市场经济机制的过程中，立法工作的科学创见性显得尤其重要。

当然，强调立法的科学创见原则绝不意味着立法者可以脱离实践，全凭自己的主观推测制定法律。任何立法的超前性或者预见性都只有建立在现实的政治、经济、文化等条件的基础上，都要真正科学地反映并符合社会生活各方面发展的客观需要与可能。

5、专门机关的工作与群众路线相结合的原则

中国是人民民主专政的国家，工人阶级为领导的广大人民群众是国家的主人，国家机关创制法律规范，从本质上说，就是为了将广大人民群众的利益要求表现为法律，这就决定了国家机关进行法律的创制必须走群众路线，实行专门机关的工作与群众路线相结合的原则。这一原则要求社会主义国家的专门机关在法律的创制过程中，必须深入群众，依靠群众，从人民群众的利益出发，为实现人民群众的利益服务。

本原则要求必须严格遵守立法程序，并把体现着社会主义民主的程序要求落到实处。国家专门机关在法案形成前，应当通过各种渠道分析和研究人民群众的呼声，将人民群众共同的利益要求以规范化、条文化的形式反映在草案中；法案形成后，应当尽可能征求人民群众的意见，并根据合理的意见做出修改；在法律颁布实施后，应当深入了解实施的效果和人民群众的反映，了解人民群众的利益要求被实现的状况，以利于法律的完善。

三、中国法律的创制程序

根据中国立法的实践经验，法律的形成和制定过程一般可以分为两个阶段，第一个阶段是立法的准备阶段，第二个阶段是法律的确立阶段。立法的准备阶段从提出制定新法律的倡议开始直至法律草案的形成。主要工作包括征集、提出和接受立法创议，拟定立法规划；组织和建立起草法律草案的机构或者组织；深入调查研究，广泛听取有关方面和人民群众的意见与建议；收集国内外有关法律文献资料，进行研究和对比；拟定法律草案初稿，多方征求意见，反复协商、研讨和修改，最终形成比较成熟的法律草案。

法律的确立阶段是立法过程的实质性阶段，在这个阶段中，法律草案要由国家立法机关进行审议和修改，通过后成为正式的法律，并以一定方式公布。对于立法机关在这一阶段的工作，法律通常都要作出严格的程序规定。

在中国不同国家机关创制法律规范的程序中，全国人民代表大会及其常务委员会制定法律的程序最为严格，也最具有代表性。根据中国宪法、全国人民代表大会组织法、全国人民代表大会议事规则及全国人民代表大会常务委员会议事规则的规定，全国人民代表大会及其常务委员会的立法工作，须经法律案的提出、审议、通过和法律的公布等四项程序。

1、法律案的提出。法律案的提出是指享有立法提案权的组织或者人员向全国人民代表大会或者全国人民代表大会常务委员会提出立法议案，即关于制定、修改、废止某项法律的正式提案。法案提出后，由主持会议的机构进行审议并决定是否列入议程。根据宪法和有关法律规定，全国人民代表大会主席团、全国人民代表大会常务委员会、全国人民代表大会各专门委员会、国务院、中央军事委员会、最高法院、最高检察院，全国人民代表大会的一个代表团或者 30 名以上的代表联名有权向全国人民代表大会提出属于其职权范围内的立法议案。

根据宪法和有关法律规定，委员长会议、国务院、中央军事委员会、最高法院、最高检察院、全国人民代表大会各专门委员会，常务委员会组成人员 10 人以上联名有权向全国人民代表大会常务委员会提出属于其职权范畴内的议案。

2、法律案的审议。法律的审议是指立法机关对于已经列入议程的法律草案进行正式审查和讨论。全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会对于法律草案的审议程序有所不同，但大体上都要经过如下阶段：第一，由提案人向立法会议成员（全国人民代表大会代表或者全国人民代表大会常员会成员）作出关于该法律草案的说明；第二，由各代表团或者专门委员会分别进行讨论、审议，发表意见，包括赞成、反对或者修改和补充的意见，必要时还可组织专门调查；第三，由法律委员会在上述基础上进行统一审议，并提出审议结果的报告，必要时同时还应提出草案的修改稿；第四，全国人民代表大会主席团或者全国人民代表大会常务委员会审议法律委员会提出的审议报告和草案修改稿，并决定是否交付表决。仍须修改的，可直接修改或者提出进一步修改的意见，由法律委员会再作修改。

为保证审议质量，1983 年 3 月全国人民代表大会常务委员会委员长会议决定，对法律案的审议采取两步审议制度：（1）法律案提出后，先由提出法律案的个人或组织作说明，进行初步讨论；（2）由常务委员会委员带回去研究，征求意见。2000 年《立法法》则更进一步规定为列入常务委员会会议议程的法律案，一般应当经 3 次常务委员会会议审议后再交付表决。与此同时，为保障在讨论时能够充分发表意见，人民代表大会代表在会议上的发言，不受法律追究。

3、法律案的通过。法律案的通过是指立法机关以表决方式决定法律草案能否获得法定人数代表的支持并成为法律的活动程序。在全部立法程序中，这一程序具有决定性的意义。中国宪法和法律规定，宪法修改草案须有全国人民代表大会全体代表的三分之二以上多数赞成，才能通过。普通法律草案，包括基本法律和基本法律以外的法律草案，只须有全国人民代表大会全体代表或者全国人民代表大会常务委员会全体委员的半数以上赞成即为通过。

4、法律的公布。法律的公布是指由法定国家机关将已经通过的法律以一定方式向社会公布，以便遵照执行。这是法律制定的最后一项程序，也是必经的程序。凡未经法定形式公布的法律，不能认为已经具有法律效力。中国法律经全国人民代表大会或者全国人民代表大会常务委员会通过后，由中华人民共和国主席公布。中国目前尚未规定法律公布的时间，按照惯例，在立法机关制定法律的会议结束之后，国家主席即行公布。《中华人民共和国立法法》第 52 条规定，法律签署公布后，及时在全国人民代表大会常务委员会公报和在全国范围内发行的报纸上刊登。全国发行的报纸包括《人民日报》等。

四、法律的实施

法律的实施是使法律规范的要求在社会生活中获得实现的活动。法律的实施是立法的直接目的，也是法律调整的有机环节。法律的实施不等于法律的实现。虽然两者都是对法作用于社会关系状态的描述，但法律的实施强调法律的动态调整过程，而法律的实现则强调这种活动的结果。法律的实现不仅意味着法律已经实施，而且还意味着法律规定的抽象权利与义务转变为主体间现实的权利与义务关系，使法律关系主体的行为符合国家意志，法律的社会目的得以实现。由此可见，法律的实现是法律的实施的目的，法律的实施是法律的实现的手段。法自身不能自动地实施或者实现。法律的实施必须通过两种途径：

（一）法律的遵守。法律的遵守是指一切国家机关、社会团体、公职人员和公民自觉地行使权利和履行义务。法律的遵守是法律的实施的基本形式。其内容包括三个方面：1、权利的行使即人们依法做出一定行为或者要求他人做出或者抑制一定的行为来保证自己的合法权利得以实现。2、积极义务的履行即义务人主动履行法律要求必须做的积极行为的义务。积极义务的履行，是义务人的积极行为，这种行为不可放弃，必须履行。3、禁令的遵守即人们按照法律所规定的消极义务（不作为义务）不做出一定行为以保证他人权利的实现。

（二）法律的适用。法律的适用是指国家机关按照法律规定的职权，将法律规范运用到具体的人（单位）或者事的活动。它与法律的遵守形式又有所不同。表现在：1、法律的适用是国家专门机关将法律运用其他机关、团体或者个人的活动，具有严格的程序性；法律的遵守是机关、团体或者公民自身依法从事一定的行为或者活动。2、法律的适用是以国家名义实施法律的活动，是有权的法律活动，具有一定的权威性和强制性；法律的遵守是机关、团体、公民以自我的身份实施法律的活动，更多地表现为守法者的自觉行为。3、法律的适用必须有表明法律的适用结果的适用法律文件，而法律的遵守则没有此项要求。

第四节　民主、法制与法治

一、社会主义民主

中国法学理论认为，社会主义民主是全体人民在共同拥有对生产资料不同形式的所有权的基础上享有的管理国家的最高权力。社会主义民主被认为是人类历史上最进步的民主制。其优越性表现在以下几个方面：

1、社会主义民主是全体人民的、绝大多数人享有的民主。享有社会主义民主的主体不仅包括工人、农民和知识分子，而且还包括拥护社会主义的爱国者和一切拥护祖国统一的爱国者。

2、民主内容的广泛性。社会主义民主是具有广泛内容的民主，包括政治民主、经济民主、科学文化教育和社会生活方面的民主等多个方面。在社会主义国家，人民不仅享有一般民主权利和自由，而且行使管理国家事务，管理经济、文化事业，管理社会事务以及监督国家机关和工作人员的权利。

3、社会主义民主是有物质保障的，是真正的民主。人民掌握国家政权，享有生产资料的所有权和支配权，为实现民主权利提供了物质保障。同时，国家为实现社会主义民主而制定的一系列组织制度，如人民代表大会制度、企业单位的职工代表大会制度，以及司法工作中公开审理等民主制度，为社会主义民主的实现提供了组织保证。另外，对破坏民主的违法犯罪行为予以法律制裁，为保障公民行使民主权利提供了法律保障。

4、社会主义民主有一个不断发展、不断完善的过程。高度的民主不能一蹴而就，要随着社会主义物质文明和精神文明建设的不断发展而发展。民主的内容和形式会不断丰富，民主的程度会不断提高。

二、社会主义法制

社会主义法制是社会主义国家的法律和制度的简称，是社会主义民主制度的制度化、法律化，是国家严格依法进行管理的一种方式。内容包括立法、执法、司法、守法和法律监督诸方面的制度。社会主义法制的基本要求是有法可依、有法必依、执法必严、违法必究。

有法可依指国家应根据社会主义事业的需要，适时地逐步地制定完备的法律制度，使需要法律调整的社会关系都得到法律调整，使人们在社会生活的各重要方面都有法律制度可以遵循。有法可依是健全社会主义法制的前提和首要任务。

有法必依指一切国家机关、政党、社会团体、企事业单位、公职人员和公民，都必须严格执行和遵守法律制度，依法办事。有法必依是健全社会主义法制的中心环节，是加强社会主义法制的关键。

执法必严指执法机关及其工作人员在执法过程中，一要严格遵守法律制度，切实依照法律规定的内容、精神和程序办事；二要执法严明，一丝不苟，忠于事实真相和法律制度，依法不依人，依法不依权；三要严肃、正确理解和运用法律。执法必严是加强社会主义法制的重要条件。违法必究指对一切违法犯罪分子都依法予以追究和制裁，不允许任何人凌驾于法律之上，享受法外特权。

违法必究是从有法必依、执法必严引申出来的要求，也是实现立法目的和法律的普遍约束力所必需，并关系到社会主义法制能否取信于民、是否具有尊严和权威。因此，违法必究是社会主义法制得以实现的保障。

三、社会主义法制与社会主义民主的一般关系

社会主义法制与社会主义民主是紧密联系，相互依存，不可分离的。

（一）社会主义民主是社会主义法制的前提和基础

1、社会主义民主是社会主义法制的前提。民主是指国家制度，指的是政体和国体。只有工人阶级和全体人民掌握国家政权，当家作主，才能制定出社会主义法律。同时，民主作为政体，意味着多数人的统治，而法制是一定阶级的共同意志的体现，不应是个别人、个别集团意志的体现。现代意义上的法制，中心环节是依法办事，在法律面前人人平等，反对超越法律的特权。这种法制只能存在于民主政体中，绝不能存在于专制政体中。

2、社会主义民主是社会主义法制的力量源泉。只有充分发扬民主，才能选出代表人民意志和利益的代表，制定出代表人民意志的法律，并对执法、司法、守法等各个环节实行监督，才能防止在执法、司法活动中可能出现的主观主义、官僚主义、滥用职权等情况，及时

发现、检举、揭发违法犯罪活动，促使国家机关和司法人员尊重公民的权利和合法权益，有效地打击和制裁各种违法犯罪行为，维护社会主义法制的尊严。

3、社会主义民主决定社会主义法制的发展方向。随着社会向前发展，社会主义民主不断完善、健全、发展，民主的范围不断扩大，内容不断丰富。这样，社会主义法制也必然随之发生相应的发展、健全、完善。社会主义法制的完备程度，是同社会主义民主发展的阶段相适应的。民主的发展是逐步的，社会主义法制的完备也必然是逐步的。超越社会的物质基础和民主的发展阶段，主观主义地追求法制的完备，是不现实的。因此，要加强社会主义法制，很重要的一点是要发展社会主义民主。

（二）社会主义法制是社会主义民主的保障

1、社会主义法制确认社会主义民主。社会主义民主要得以存在、实现和发展，需要社会主义法制加以确认、肯定，使它合法化、法律化、制度化，从而具有权威性和稳定性，获得法制的力量。

2、社会主义法制规定社会主义民主的范围。社会主义民主的主体和内容都是广泛的。中国法律规定享受民主是广大人民在管理国家、管理社会生活的各个方面都享有的广泛权利。这些规定可使人民明确社会主义民主的范围有多大，在行使民主权利时有明确的方向，同时也使国家机关和公职人员在维护和保障人民民主权利的工作中有章可循。

3、社会主义法制规定社会主义民主的实现途径。社会主义法制通过规定实现民主的程序和方法，为人民行使各项民主权利提供有效措施；通过规定对行使民主权利的制约，保障人民能正确地行使民主权利。社会主义民主不是绝对的、无限制的民主，而是在宪法和法律规定范围内的民主。人们在行使民主权利的时候，不得损害国家、集体和他人的合法权益，不得滥用权利。

4、社会主义法制是保卫社会主义民主的武器。社会主义社会仍然存在危害社会主义民主的违法犯罪行为。为保卫社会主义民主，就需要运用法律来制裁这些行为，根据违法犯罪分子破坏和损害民主的不同情节和后果，给予不同形式的制裁，使民主得到切实保障。同时，社会主义法制也是同官僚主义进行斗争的武器，通过这种斗争，保障社会主义民主。

四、法治

法治通常指与民主政治相联系的，依法办事的制度和原则。法治原则要求据以治理国家的法律本身必须是良好的法律，而良好的法律必须是在民主政治基础上制定的，反映客观规

律要求的，在当时为大多数人所认同的法律。同时，法治原则还要求一切主体，包括各级国家机关、公职人员、社会团体和公民都必须服从法律，这意味着法律在国家生活中的至上地位。因此，法治原则首先要求，法治必须以民主政治为前提，法律要体现社会中占统治地位的阶级的绝大多数成员的意志；其次，法律在社会生活中应当具有高度权威，一切国家机关、公职人员、社会团体和公民都必须服从法律。

1996 年，第 8 届全国人民代表大会第 4 次会议制定的《国民经济和社会发展九五计划和 2010 年远景目标》指出，到 21 世纪初要初步建立社会主义法治国家。

1997 年 10 月，中共 15 大报告首次明确提出“建立社会主义法治国家”的目标。“十五大”报告指出：“依法治国，就是广大人民群众在党的领导下，依照宪法和法律规定，通过各种途径和形式管理国家事务，管理经济文化事业，管理社会事务，保证国家各项工作都依法进行，逐步实现社会主义民主的制度化、法律化，使这种制度和法律不因领导人的改变而改变，不因领导人看法和注意力的改变而改变。”“依法治国，是党领导人民治理国家的基本方略，是发展社会主义市场经济的客观需要，是社会文明进步的重要标志，是国家长治久安的重要保障。”1999 年 3 月，全国人民代表大会对 1982 年宪法进行修改，将法治与法治国家予以宪法确认：“中华人民共和国实行依法治国，建设社会主义法治国家。”依法治国是社会主义现代化建设的一个根本任务和原则，也是建设中国特色社会主义政治的一个基本目标。依法治国，就是广大人民群众在党的领导下，依照宪法和法律规定，通过各种途径和形式管理国家事务，管理经济文化事业，管理社会事务，保证国家各项工作都依法进行，逐步实现社会主义民主的制度化、法律化，使这种制度和法律不因领导人的改变而改变，不因领导人看法和注意力的改变而改变。

依法治国，是党领导人民治理国家的基本方略，是发展社会主义市场经济的客观需要，是社会文明进步的重要标志，是国家长治久安的重要保障。中共 16 大报告强调，要把坚持党的领导、人民当家作主和依法治国有机统一起来。该报告将加强社会主义法制建设作为中国政治建设和政治体制改革的重要措施。同时指出：发展社会主义民主政治，建设社会主义政治文明，是全面建设小康社会的重要目标。必须在坚持四项基本原则的前提下，继续积极稳妥地推进政治体制改革，扩大社会主义民主，健全社会主义法制，建设社会主义法治国家，巩固和发展民主团结、生动活泼、安定和谐的政治局面。建设中国特色的社会主义民主政治，加强社会主义法制建设，就需要在中国建设社会主义法治社会。中共 17 大报告进一步指出，要坚持依法治国基本方略，树立社会主义法治理念，实现国家各项工作法治化，保障公民合法权益；坚持社会主义政治制度的特点和优势，推进社会主义民主政治制度化、规

范化、程序化，为党和国家长治久安提供政治和法律制度保障；要坚持科学立法、民主立法，完善中国特色社会主义法律体系，加快建设社会主义法治国家。

党的 18 届 4 中全会作出的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》对我们党在新的历史起点上带领全国人民全面推进依法治国、加快建设社会主义法治国家作出战略部署，对全面推进科学立法、严格执法、公正司法、全民守法，加强中国特色社会主义法治体系建设作出顶层设计和整体规划。

《决定》指出，“全面推进依法治国，总目标是建设中国特色社会主义法治体系，建设社会主义法治国家。这就是，在中国共产党领导下，坚持中国特色社会主义制度，贯彻中国特色社会主义法治理论，形成完备的法律规范体系、高效的法治实施体系、严密的法治监督体系、有力的法治保障体系，形成完善的党内法规体系，坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进，坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设，实现科学立法、严格执法、公正司法、全民守法，促进国家治理体系和治理能力现代化。”

1、摈弃人治，实行法治

在中国历史上，人治思想与实践长期占重要地位。现在，实现由人治向法治的转换已经成为人们所追求的目标。这一目标也成为推动民主和法制发展的动力。但是，这个转变将会是一个长期的艰巨的过程。

在中国法制建设中，一方面是民主和法制在发展；另一方面言大于法、权大于法的情形仍然普遍存在并为人们所熟视无睹。人治高于法治、大于法治的状况，又从反面影响着民主和法制，抵消着民主和法制所取得的进步。这种情形和状况不彻底改变，民主和法制在国家、社会和公民生活中便很难摆到应有的突出位置上去，或者是虽然有时也被强调，但随时又可能被轻视、被忽视、被干扰、被破坏。中国民主和法制要真正健康、稳定、持久地发展，其基本经验和途径之一就在于丢弃人治，实行法治，建设社会主义法治社会。

2、发展民主和健全法制，建设社会主义法治社会

建设法治社会固然是建设民主政治和社会主义法治不可缺少的条件，但如果仅笼统地强调推行法治、重视民主和法制，仍然远远不够。中国社会与法治的既有状况，从根本上规定了现今和未来中国社会与法治发展的战略任务或者方向，就是改革旧状况，由人治向法治转变。迄今为止，中国社会与法治的发展已获得众所瞩目的成就，但从整体上说仍然需要进一步发展，特别是法治方面还是落后的。愈是落后，就愈需要变革；另一方面，愈是落后，对变革的阻碍也就愈顽固、愈顽强、愈有阻力，而这种抵制则往往是与司法改革前景艰难、反复甚至长期难能有实质性进展相关联。这一历史规律决定中国社会与法治发展的前景，在整

体上由落后走向繁荣和振兴，既是可能的，又是长期的，需要抱着清醒的态度，需要做出比其他许多国家在走向法治的过程中所做出的更大的努力。

第二章　宪法

第一节　概述

宪法是近代社会的产物，是法律制度进入这一历史阶段后，适应社会调整的新需要，从普通法律中逐渐分离出来的一个基本的法律部门。

一、从法律形式上看，宪法在整个法律体系中居于根本法的地位，具有明显区别于普通法律的特征。主要表现在以下 3 个方面：

1、宪法规定的内容和调整的社会关系与普通法律不同。宪法作为国家的根本法，规定的内容是社会制度和政治制度的根本方向，即国家性质、政权组织形式、国家结构形式、经济制度以及公民的基本权利与义务等内容。宪法通过对上述内容的规定，为国家生活和社会生活的总体运行提供制度和规范。普通法律所规定的内容只是国家生活和社会生活某一方面。

2、宪法的效力与普通法律不同。宪法具有最高的法律效力，主要表现在以下两个方面：（1）宪法具有对普通法律的最高效力。宪法是普通法律的立法依据，普通法律不得与宪法相抵触，否则无效。（2）宪法具有对人及其他社会主体的最高法律效力。这意味着在法治国家，严格遵守法律首先就是严格遵守宪法，这是守法的根本前提。

3、宪法的创制与普通法律不同。宪法的创制包括宪法的制定和修改。就宪法的制定而言，由于制宪权只能属于人民，是人民主权的一种表现形式，因此，任何国家机关和个人都无权作为宪法的制定者。制定国家宪法，行使制宪权，需要通过按照特定的程序、经过选举产生的专门机构来进行。就宪法的修改而言，宪法一般就宪法修正案的提案权的主体和通过

程序做出严格于普通法律的规定。如中国宪法规定，宪法的修改，由全国人民代表大会常务委员会或者五分之一以上的全国人民代表大会代表提议，并由全国人民代表大会以全体代表的三分之二以上的多数通过，法律和其他议案由全国人民代表大会以全体代表的过半数通过（第 64 条）。

二、从宪法的本质属性上看，宪法是国家民主制度的法律化和公民基本权利的保障书，是集中反映统治阶级意志的国家根本法。主要表现在：

1、宪法是民主制度的法律化。宪法是资产阶级反封建的产物，是适应限制封建王权和保障公民权利的要求而产生的。与一个国家内部各项国家事务和社会事务的最终决定权掌握在封建君主或者最高统治者手中的封建专制制度不同，资产阶级革命企图确立起民主的制度，宪法正是通过根本法的形式将这种新型的民主制度确认下来。

2、宪法以保障人权为核心。为了对抗封建制度下国家对人的绝对统治，17、18 世纪的资产阶级启蒙思想家提出了社会契约论和天赋人权的理论，试图说明国家权力来源于个人权利的事实。这一理论成为资产阶级革命胜利后近代宪法基本人权原则的思想理论渊源。社会主义宪法理论基于马克思主义的世界观和方法论，一方面强调权利保护在宪法中的核心地位，另一方面更加注重权利的真实性和广泛性。列宁指出：“宪法就是一张写着人们权利的纸。真正承认这些权利的保障在哪里呢?在于人民中那些意识到并且善于争取这些权利的各阶级的力量。”[12]

3、宪法是统治阶级意志和利益的集中表现。宪法之所以比普通法律更加集中地反映居于统治地位的阶级的意志和利益，是因为宪法作为国家的根本法，规定的都是国家生活和社会生活根本性的方面，这些方面涉及到统治阶级最根本的利益和意志，是统治阶级系统化了的政治、经济、军事、宗教、伦理、道德、文化等各方面利益和意志的集中表现。同时，宪法对国家生活和社会生活进行宏观调整的性质和能力，也使宪法能够统一和整合居于统治地位的不同阶层、不同政治利益集团的利益和意志，使宪法所表现出来的居于统治地位的意志和利益更加全面和系统。

第二节　国家基本制度

[12] 《列宁全集》第 12 卷，人民出版社 1990 年版，第 50 页。

国家基本制度是宪法通过调整阶级关系、经济关系、政治关系、文化关系等社会关系所形成的基本的社会体系。具体包括国家性质、政权组织形式、选举制度、国家结构形式等内容。

一、中国的国家性质

国家性质即国体，决定于一个国家的阶级本质、经济基础和精神文明。

（一）中国是人民民主专政的社会主义国家。中国宪法第 1 条规定，中华人民共和国是工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主专政的社会主义国家。准确地规定了中国的阶级本质。中国宪法在序言中明确指出,工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主专政，实质上是无产阶级专政。明确地表述了人民民主专政与无产阶级专政的关系，其含义有两个方面，一是人民民主专政在本质上和基本点上与无产阶级专政是一致的；二是人民民主专政与无产阶级专政并不完全相同。

（二）国家的基本经济制度。经济制度是指一个国家用宪法和法律所确认和规定的各种生产资料所有制形式、社会产品分配形式、劳动力与生产资料的结合形式，以及国家管理国民经济的原则、方式、方法等方面的制度的总和。在经济制度与国家制度的关系中，经济制度决定国家制度的性质，国家制度的性质对经济制度有反作用。一切政治统治的目的都是为了维护一定阶级经济上的利益。因此，统治阶级总是通过其掌握的国家政权，运用法律的形式，确认并维护有利于自己的经济基础，保护一定的生产资料所有制。宪法的主要任务之一就是确认和保护有利于统治阶级的经济基础。

1、社会主义公有制是中国社会主义经济制度的基础。宪法第 6 条规定，国家在社会主义初级阶段，坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度。可见，中国的生产资料所有制采取的是以公有制为主体的多种所有制并存的结构形式。社会主义公有制是中国经济制度的基础。社会主义公有制有两种形式，包括全民所有制经济即国有经济和劳动群众集体所有制经济。在中国，全民所有制采取的是国家所有制形式，因而也称国有经济。第 7 条规定，国有经济，即社会主义全民所有制经济，是国民经济中的主导力量。国家保障国有经济的巩固和发展。国有经济在国民经济中居于主导地位。集体所有制经济是指部分劳动群众共同所有生产资料的一种所有制形式。它是社会主义公有制的另一种形式。劳动群众集体所有制经济，包括农村集体经济和城镇集体经济。

2、中国现阶段的分配方式。宪法规定，社会主义公有制消灭人剥削人的制度，实行各尽所能、按劳分配的原则。国家在社会主义初级阶段，坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度，坚持按劳分配为主体、多种分配方式并存的分配制度（第6条）。这是由中国现阶段的生产力发展状况、社会经济形态和所有制结构决定的。中国正处于社会主义初级阶段，生产力水平不高，而且地区之间、行业之间也不平衡，还不具备按需分配的条件。中国现阶段还存在着多种所有制经济形式并存的所有制结构。建立社会市场经济体制后，市场机制如价格、供求和竞争等在资源配置方面发挥着基础性作用。因而，除按劳分配外，机会收入、风险收入、投资收入等分配方式既是市场经济发展的需要，也是市场经济发展的必然结果。

3、社会主义公有制经济的补充。宪法第6条规定，中华人民共和国的社会主义经济制度的基础是生产资料的社会主义公有制，即全民所有制和劳动群众集体所有制，从而确立了社会主义公有制经济的主体地位。同时，宪法还规定在法律规定范围内的个体经济、私营经济等非公有制经济，是社会主义市场经济的重要组成部分。国家保护个体经济、私营经济等非公有制经济的合法的权利和利益。国家鼓励、支持和引导非公有制经济的发展，并对非公有制经济依法实行监督和管理（第11条）。这些经济形式从所有制上看是私有制或者公私混合所有制。中国目前还处于社会主义初级阶段，生产力发展水平还比较低，非社会主义的生产关系在一定范围和程度上仍有存在的合理性和必要性。劳动者个体经济是城乡劳动者个人占有生产资料，并以个人及其家庭成员的劳动为基础的一种自负盈亏的经济形式。私营经济是一种私人占有生产资料，通过雇佣劳动，自主经营，自负盈亏的经济形式，它是在劳动者个体经济规模扩大的基础上形成的。中外合资经营企业、中外合作经营企业、外商独资企业是中国利用外资的三种主要形式。

（三）国家的基本文化制度

所谓文化制度，就是国家制定和认可的规范有关文化活动，调整文化领域社会关系的法律、政策的总和。文化制度的范围很广泛，主要包括：教育制度、科技制度、医疗卫生制度、体育制度、文艺制度、宗教制度以及新闻出版制度和其他文化事业的管理制度。文化制度本身是一种文化现象，具有鲜明的阶级性、历史性和民族性。文化制度与精神文明密不可分。文化制度是文化发展的要求和表现，文化制度化的程度反映了文化发展的水平。因此，文化制度本身就是精神文明的重要内容和构成部分。文化制度直接的目的和作用在于发展文化教育事业，所以文化制度又是加强精神文明建设的手段。精神文明是文化制度的价值取向和基本追求，指导着文化制度的发展方向。

中国宪法在序言中明确指出了中国文化的民族性和历史性特点，即认为中国是世界上历史最悠久的国家之一。中国各族人民共同创造了光辉灿烂的文化，具有光荣的革命传统。序言肯定了建国以来文化建设的成就，指出教育、科学、文化等事业有了很大的发展。强调了知识分子的作用，指出社会主义的建设事业必须依靠工人、农民和知识分子，团结一切可以团结的力量。要求在和平共处五项原则的基础上发展同各国的文化交流。宪法在总纲中从第19条到23条对中国的文化制度的基本内容作了规定。

二、中国的政权组织形式

政权组织形式又称政体。它是统治阶级为了行使国家权力，按照一定的原则和方式建立起来的政权机关体系。政体是一个国家其他政治制度赖以建立的基础，代表着国家政治生活的全貌，统一着国家各个构成环节的组织和活动，因此，政体也被称为国家的基本政治制度。中国的政权组织形式可称为人民代表制。

人民代表大会制度是中国的基本政治制度。它是由人民按照民主集中制的原则，通过普选的方式，选举代表组成各级人民代表大会，并以人民代表大会为基础建立全部国家机构体系，是关于人民代表大会和公民、人民代表大会和其他国家机关关系的一套规定和制度的总称。

中国宪法第2条和第3条明确规定，中华人民共和国的一切权力属于人民。人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。中华人民共和国的国家机构实行民主集中制的原则。全国人民代表大会和地方各级人民代表大会都由民主选举产生，对人民负责，受人民监督。国家行政机关、审判机关、检察机关都由人民代表大会产生，对它负责，受它监督。这表明了国家的一切权力属于人民是人民代表大会制度的实质和根本原则，而民主集中制是人民代表大会制度的组织和活动原则。具体表现为：1、人民与人民代表大会的关系中，全国和地方各级人民代表大会都由人民直接或者间接选举产生，对人民负责，受人民监督。2、国家行政机关、审判机关、检察机关都由人民代表大会产生，对他负责，受它监督。3、中央和地方的国家机构的职权的划分，遵循在中央的统一领导下，充分发挥地方的主动性和积极性的原则。4、人民代表大会本身实行合议制。即人民代表大会在讨论和决定问题时充分发扬民主，实行少数服从多数的原则。

三、中国的选举制度

选举制度是指公民依照法律的规定选举国家代表机关代表或者国家公职人员的各项制度的总称，一般包括选举的基本原则、选举权的确定、选举的组织和程序，选举的保障和选举诉讼等内容。其法律渊源是《中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法》（简称《选举法》，1979 年 7 月 1 日第 5 届全国人民代表大会第 2 次会议通过，根据 1982 年 12 月 10 日第 5 届全国人民代表大会第 5 次会议第 1 次修正，根据 1986 年 12 月 2 日第 6 届全国人民代表大会常务委员会第 18 次会议第 2 次修正，根据 1995 年 2 月 28 日第 8 届全国人民代表大会常务委员会第 12 次会议第 3 次修正，根据 2004 年 10 月 27 日第 10 届全国人民代表大会常务委员会第 12 次会议第 4 次修正），根据 2010 年 3 月 14 日第 11 届全国人民代表大会第 3 次会议第 5 次修正)。

（一）中国选举制度的基本原则

1、选举权的普遍性原则。选举权的普遍性原则是指公民除受法律规定的基本条件，即国籍、年龄、政治权利的有无和行为能力的有无的限制之外，在法律上不受其他条件限制而广泛地享有选举权的一项选举制度的基本原则。选举权的普遍性原则主要表现为享有选举权的公民范围的广泛性。中国宪法第 34 条规定，中华人民共和国年满 18 周岁的公民，不分民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住期限，都有选举权和被选举权；但是依照法律被剥夺政治权利的人除外。

2、选举权的平等性原则。选举权的平等性原则是指在选举中，一切选民地位平等、所投选票法律效力也相等的原则。《选举法》第 4 条规定，每一选民在一次选举中只有一个投票权。它表明，选民平等地享有选举权和被选举权，只受法律规定的资格限制；在一次选举中，每人一票，每票效力相等。但选举权的平等并不是绝对的平等，如在中国城市和农村每一代表所代表的人口不平等；汉族与少数民族以及人口多的少数民族与人口少的少数民族所代表的人口不平等。

3、直接选举和间接选举并用的原则。《选举法》第 2 条规定，全国人民代表大会的代表，省、自治区、直辖市、设区的市、自治州的人民代表大会的代表，由下一级人民代表大会选举。不设区的市、市辖区、县、自治县、乡、民族乡、镇的人民代表大会的代表，由选民直接选举。在中国确立了直接选举与间接选举并用的原则。

直接选举是指由选民直接投票选举产生应选的国家代表机关代表和国家公职人员的一种选举方法。间接选举是指由选民选举产生的代表或者机关再选举产生应选的代表和国家公职人员的一种选举方法。就直接选举与间接选举相比较而言，直接选举是更完备的选举方式。

4、无记名投票的原则。《选举法》第 36 条规定，全国和地方各级人民代表大会代表的选举，一律采用无记名投票的方法。选民如果是文盲或者因残疾不能写选票的，可以委托他信任的人代写。这体现了中国选举制度的无记名投票的原则。无记名投票又称秘密投票，是指选举人在选举时在选票上只注明被选举人而不记自己的姓名，并亲自将所注选票投入票箱的选举方法。秘密选举的民主程度高于公开选举，它有利于选举人排除外界干扰，消除顾虑，自由表达自己的意愿。

5、选举权的物质保障和法律保障。中国选举法对于选举权的保障主要表现在物质保障和法律保障两方面。前者表现为国家为选举提供必要的物质条件，《选举法》第 8 条规定，全国人民代表大会和地方各级人民代表大会的选举经费，由国库开支。此外，国家还提供必要的物质设施，如电台、电视台等帮助和支持选举活动。选举权的法律保障，是指为保障公民选举权的实现和选举的顺利进行，专门对破坏选举的行为予以制裁的一种法律制度。

（二）中国选举的组织、程序和方法

选举的组织、程序和方法是选举制度的重要组成部分，为选举制度的各项基本原则的贯彻落实和选举任务的完成提供具体的法律和制度保障。具体包括选举机构、划分选区、选民登记、代表候选人提名、投票、公布选举结果和对代表的罢免以及补选等内容。

1、选举机构。中国各级选举的组织机构依直接选举和间接选举的不同而分别设立。根据《选举法》第 7 条的规定，全国人民代表大会常务委员会、省、自治区、直辖市、设区的市、自治州的人民代表大会常务委员会主持本级人民代表大会代表的选举；不设区的市、市辖区、县、自治县、乡、民族乡、镇设立选举委员会主持本级人民代表大会代表的选举。

2、选区划分。选区是开展选举的基本区域单位，是以一定的人口数为基础划分的选举代表的区域。选区的划分应坚持一定的原则，根据《选举法》第 24 条、第 25 条的规定，中国选区的划分贯彻了便利原则和代表人数相等原则，选区可以按居住状况划分，也可以按生产单位、事业单位、工作单位划分。这样既有利于选民选出自己真正满意的代表，加强选民对代表的监督，也能使代表在任期内联系选民，听取选民的意见。在每一选区中，每一代表所代表的人口数应大体相等，则是选举权的平等性的基本要求。

3、选民登记。选民登记是确认选民资格的法律认可行为。根据《选举法》的规定，选民登记按选区进行，经登记确认的选民资格长期有效。每次选举前对上次选民登记以后新满 18 周岁的、被剥夺政治权利期满后恢复政治权利的选民，予以登记。对选民经登记后迁出原选区的，列入新迁入的选区的选民名单；对死亡的和依照法律被剥夺政治权利的人，从选民名单上除名（第 26 条）。选民名单应在选举日的 20 日以前公布，实行凭选民证参加投票

选举的，并应当发给选民证（第 27 条）。对于公布的选民名单有不同意见的，可以在选民名单公布之日起 5 日内向选举委员会提出申诉。选举委员会对申诉意见，应在 3 日内作出处理决定。申诉人如果对处理决定不服，可以在选举日的 5 日以前向人民法院起诉，人民法院应在选举日以前作出判决。人民法院的判决为最后决定（第 28 条）。

4、代表候选人的提出。代表候选人的提名和确定是选举程序的基础环节，对选举的民主程度有重大影响。

（1）《选举法》第 29 条规定，全国和地方各级人民代表大会的代表候选人，按选区或者选举单位提名产生。对于提名的主体，选举法规定，各政党、各人民团体，可以联合或者单独推荐代表候选人。选民或者代表，10 人以上联名，可以推荐代表候选人。各地方的选举法实施细则一般都规定了由政党或者人民团体推荐的候选人的比例。推荐者应向选举委员会或者大会主席团介绍候选人的情况。对于推荐的候选人，由选举委员会或者大会主席团根据多数选民或者代表的意见，确定正式的代表候选人的名单。

（2）对代表候选人的名额，《选举法》根据直接选举与间接选举的不同，规定了适当的差额比例，确立了差额选举的原则。《选举法》第 30 条规定，全国和地方各级人民代表大会代表候选人的名额，应多于应选代表的名额。由选民直接选举代表的候选人名额，应多于应选代表名额的三分之一至一倍；由地方各级人民代表大会选举上一级人民代表大会代表候选人的名额，应多于应选代表名额的五分之一至二分之一。

（3）对于正式候选人的确定，在直接选举的情况下，《选举法》第 31 条第 1 款规定，由选民直接选举的人民代表大会代表候选人，由各选区选民和各政党、各人民团体提名推荐。选举委员会汇总后，在选举日的 15 日以前公布，并由各该选区的选民小组反复酝酿、讨论、协商，根据较多数选民的意见，确定正式代表候选人名单，并在选举日的 5 日以前公布。

为进一步加强代表候选人正式确定程序的民主性，1995 年《选举法》修改后增加了在间接选举的情况下，可以实行预选的规定。《选举法》第 31 条第 2 款规定，县级以上的地方各级人民代表大会在选举上一级人民代表大会代表时，提名、酝酿代表候选人的时间不得少于两天。各该级人民代表大会主席团将依法提出的代表候选人名单印发全体代表，由全体代表酝酿、讨论。如果所提候选人的人数符合本法第 30 条规定的差额比例，直接进行投票选举。如果所提候选人的人数超过本法第 30 条规定的最高差额比例，进行预选，根据预选时得票多少的顺序，按照本级人民代表大会的选举办法根据本法确定的具体差额比例，确定正式代表候选人名单，进行投票选举。

（4）正式的代表候选人产生后，选举委员会或者人民代表大会主席团应当向选民或者代表介绍代表候选人的情况。推荐代表候选人的政党、人民团体和选民、代表可以在选民小组或者代表小组会议上介绍所推荐的代表候选人的情况。选举委员会根据选民的要求，应当组织代表候选人与选民见面，由代表候选人介绍本人的情况，回答选民的问题。但是，在选举日必须停止代表候选人的介绍（第 33 条）。

5、投票选举和计票制度。投票选举是选民以投票的方法，表达选举意向的行为，是选民或者代表行使选举权的最终表现。选民可以投赞成票、反对票，可以另选其他任何选民，也可以弃权。《选举法》规定，在选民直接选举人民代表大会代表时，选民根据选举委员会的规定，凭身份证或者选民证领取选票（第 35 条）。县级以上的地方各级人民代表大会在选举上一级人民代表大会代表时，由各该级人民代表大会主席团主持（第 37 条）。选举委员会应当根据各选区选民分布状况，按照方便选民投票的原则设立投票站，进行选举。选民居住比较集中的，可以召开选举大会，进行选举；因患有疾病等原因行动不便或者居住分散并且交通不便的选民，可以在流动票箱投票（第 36 条）。全国和地方各级人民代表大会代表的选举，一律采用无记名投票的方法。选举时应当设有秘密写票处。选民如果是文盲或者因残疾不能写选票的，可以委托他信任的人代写（第 38 条）。选民如果在选举期间外出，经选举委员会同意，可以书面委托其他选民代为投票。每一选民接受的委托不得超过三人，并应当按照委托人的意愿代为投票（第 40 条）。

投票结束后，选举进入计票和公布选举结果阶段。计票是统计选票并根据法定标准确定选举本身是否合法、选票是否有效、候选人是否当选的制度。《选举法》规定， 第四十一条投票结束后，由选民或者代表推选的监票、计票人员和选举委员会或者人民代表大会主席团的人员将投票人数和票数加以核对，作出记录，并由监票人签字。代表候选人的近亲属不得担任监票人、计票人（第 41 条）。每次选举所投的票数，多于投票人数的无效，等于或者少于投票人数的有效。每一选票所选的人数，多于规定应选代表人数的作废，等于或者少于规定应选代表人数的有效（第 42 条）。

在选民直接选举人民代表大会代表时，选区全体选民的过半数参加投票，选举有效。代表候选人获得参加投票的选民过半数的选票时，始得当选。县级以上的地方各级人民代表大会在选举上一级人民代表大会代表时，代表候选人获得全体代表过半数的选票时，始得当选。获得过半数选票的代表候选人的人数超过应选代表名额时，以得票多的当选。如遇票数相等不能确定当选人时，应当就票数相等的候选人再次投票，以得票多的当选。获得过半数选票的当选代表的人数少于应选代表的名额时，不足的名额另行选举。另行选举时，根据在

第一次投票时得票多少的顺序，按照本法第 30 条规定的差额比例，确定候选人名单。如果只选 1 人，候选人应为 2 人。依照前款规定另行选举县级和乡级的人民代表大会代表时，代表候选人以得票多的当选，但是得票数不得少于选票的三分之一；县级以上的地方各级人民代表大会在另行选举上一级人民代表大会代表时，代表候选人获得全体代表过半数的选票，始得当选（第 43 条）。选举结果由选举委员会或者人民代表大会主席团根据本法确定是否有效，并予以宣布（第 44 条）。

6、对代表的罢免和补选。对代表的罢免既是行使选举权的重要方面，也是人民对代表进行监督最有力的措施。《选举法》第十章规定了对代表的罢免问题。对提出罢免案的主体条件、被提出罢免的代表的权利以及罢免案的通过条件作出了原则规定。对于提出罢免案的主体，《选举法》第 47 条规定，通过直接选举方式产生的代表，原选区选民 30 人以上联名，可以提出罢免案；通过间接选举方式产生的代表，人代会期间，主席团或者十分之一以上代表联名可以提出罢免案，在人民代表大会闭会期间，人民代表大会常务委员会主任会议或者常务委员五分之一以上联名可以提出罢免案。被提出罢免的代表有权在选民会议、主席团会议或者人民代表大会全体会议上提出申辩意见，也可以提出书面申辩意见。对于罢免案通过的条件，《选举法》第 50 条规定，罢免县级和乡级的人民代表大会代表，须经原选区过半数的选民通过。罢免由县级以上的地方各级人民代表大会选出的代表，须经各该级人民代表大会过半数的代表通过；在代表大会闭会期间，须经常务委员会组成人员的过半数通过。罢免的决议，须报送上一级人民代表大会常务委员会备案。

对代表的补选，《选举法》第 54 条规定，代表在任期内，因故出缺，由原选区或者原选举单位补选。如果在任期内调离或者迁出本行政区域，其代表资格自行终止，缺额另行补选。县级以上地方各级人民代表大会闭会期间，可以由本级人民代表大会常务委员会补选上一级人民代表大会代表。补选出缺的代表既可以采取差额选举，也可以采取等额选举。

《选举法》第 52 条还规定了代表的辞职程序。全国人民代表大会代表，省、自治区、直辖市、自治州的人民代表大会代表可以向选举他的人民代表大会常务委员会书面提出辞职。县级人民代表大会代表可以向本级人民代表大会常务委员会书面提出辞职。乡级人民代表大会代表可以向本级人民代表大会书面提出辞职。

四、中国的政党制度

中国的政党制度可以从两个方面来说明。

第一，中国共产党是法定的执政党。中国共产党取得国家政权之后，成为中国唯一的执政党，事实上具有至高无上的政治权力，并不与其他政党分享。这项权力容不得挑战、质疑甚至批评。政治活动的正确性，容不得中国共产党之外的组织和个人评判。赞扬是可以的，但是批评不会被接受。所以，中国共产党是一个自我确立，自我评判与自我运作的执政党。

第二，宪法规定了中国共产党领导的多党合作和政治协商制度是中国的政党制度，是所谓有中国特色的社会主义民主政治制度的重要内容。它是指在坚持四项基本原则的基础上，中国共产党与各民主党派长期共存、互相监督、肝胆相照、荣辱与共，共同管理和建设国家。中国有关政党制度的内容是通过宪法和有关的组织法规定的。它包括如下几个方面的基本内容：

（1）中国宪法序言规定,全国各族人民、一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织，都必须以宪法为根本的活动准则，并且负有维护宪法尊严、保证宪法实施的职责。第 5 条规定，一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为，必须予以追究。

（2）中国是人民民主专政的社会主义国家。中国共产党是社会主义事业的领导核心，是执政党。各民主党派是各自所联系的一部分社会主义劳动者和一部分拥护社会主义的爱国者的政治联盟，是接受共产党领导的，同中共通力合作、共同致力于社会主义事业的亲密友党，是参政党。中国的多党合作必须坚持中国共产党的领导、必须坚持四项基本原则，这是多党合作的政治基础。

（3）坚持社会主义初级阶段的基本路线，为把中国建设成为富强、民主、文明的社会主义现代化国家，为统一祖国、振兴中华而奋斗，是各党派的共同任务。

（4）“长期共存、互相监督、肝胆相照、荣辱与共”是多党合作的基本方针。

（5）民主党派享有宪法规定的权利与义务范围内的的政治自由、组织独立和法律平等地位。中共支持民主党派独立自主地处理自己的内部事务，帮助他们改善工作条件，支持他们开展各项活动，维护本组织成员及其所联系群众的合法利益和合理要求。

宪法序言中明确规定，中国共产党领导的多党合作和政治协商制度将长期存在和发展。

五、中国的国家结构形式

（一）概述

国家结构形式是指一国根据什么原则、采取什么方式来划分国家的行政单位，调整国家整体和组成部分之间的相互关系。国家结构形式的实质是中央政府和地方政府的权力划分问题。国家结构形式的内容主要包括：国家结构形式的概念、分类；国家结构形式的形成原因；国家的行政区域划分；中央政府与地方政府的权限划分；地方政府之间的权限争议的解决等。

国家结构形式有单一制和联邦制两种。单一制国家是指由若干直辖于中央政府的行政单位或者自治单位组成的单一主权的国家。联邦制国家是指由两个或者两个以上的享有一定主权的州、邦或者共和国组成的国家。中国是单一制国家，宪法序言宣告,中华人民共和国是全国各族人民共同缔造的统一的多民族国家。中国的国家结构形式是对传统的单一制国家结构形式的发展，这主要表现在：

（1）在单一制的国家结构形式下，宪法创造性地建立了民族区域自治，用以解决民族问题。宪法第 4 条规定，各少数民族聚居的地方实行区域自治，设立自治机关，行使自治权。各民族自治地方都是中华人民共和国不可分割的一部分。这种形式既保证了国家统一和民族团结，又保证了各族人民当家作主管理本民族内部事务的权利。

（2）在单一制的国家结构形式下，宪法创造性的设立了特别行政区制度。宪法第 31 条规定，国家在必要时得设立特别行政区。在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定。特别行政区直辖于中央人民政府，享有高度自治权，不实行社会主义制度，并在相当长的时期内不变。它有利于以和平方式解决香港、澳门、台湾等历史遗留问题，实现祖国的统一大业，并保证这些地区的稳定和繁荣。

（3）为促进国家的经济建设，改革开放以来，中国还设立了多个经济特区，制定特别的经济政策，赋予其较大的自主权。但经济特区与特别行政区有严格区别，前者只是在经济方面尤其是对外经济方面采取灵活的政策和特殊的管理办法，后者则在立法、行政、司法权方面享有高度自治权，是为了实现国家统一，根据“一国两制”的原则设立的。

（二）民族区域自治制度

民族区域自治是指在中华人民共和国领域内，在国家的统一领导下，以少数民族聚居区为基础，建立民族自治地方，以实行自治的民族成员为主组成自治机关，行使自治权利，实现各族人民当家作主管理本民族内部事务的一种政治形式。民族区域自治制度是一项具有中国特色的基本政治制度。民族区域自治具有如下基本内涵：

（1）各民族自治机关都是国家统一领导下的一级地方政权，各民族自治地方都是中华人民共和国不可分离的部分（第 4 条第 3 款）。这是民族区域自治制度的核心和前提。

（2）民族自治地方是实行区域自治的民族在其聚居区内实行自治，即是民族自治与区域自治的结合。民族区域自治，并不是单纯的“民族自治”或者“区域自治”，单纯的“民族自治”是超越于地区甚至国家的某一民族的完全自治，而“区域自治”则是仅以地域界限为标准的在一定区域内的所有公民的自治。民族区域自治与此不同，它是以一定的聚居区为基础的某一民族的自治。在主体和范围上都有明确的限制。

（3）自治地方的少数民族，依照宪法和法律的规定，都有权管理本民族的地方性事务，通过自治机关行使自治权（第 115 条）。

（三）特别行政区制度

所谓特别行政区是指在中国领域内，根据中国宪法和有关法律的规定，专门设立的享有高度的自治权，实行资本主义的政治、经济制度的行政区域。特别行政区作为中国的一级地方政权，与普通的行政地方和民族区域自治地方相比，具有自己鲜明的特点。

1、特别行政区原有的具有资产阶级代议制度特色的政治制度不变。按照宪法、地方组织法和民族区域自治法的规定，普通行政地方和民族区域自治地方实行的基本政治制度是人民代表大会制度，国家机构之间的关系按照民主集中制的原则确立。在香港和澳门特别行政区，按照有关基本法的规定，实行的是具有分权性质的资本主义政治制度。国家机关即行政长官、立法会和司法机关的相互关系体现的是三权分立的原则。

2、特别行政区原来实行的资本主义经济制度不变。按照宪法和有关法律的规定，中国大陆实行的是社会主义经济制度。但是在特别行政区，按照有关法律规定，实行的是资本主义经济制度，并且保持原有的资本主义制度和生活方式 50 年不变（即香港 1997 年至 2047 年，澳门 1999 年至 2049 年）。

3、特别行政区有其独特的法律体系。大陆范围内的普通行政地方和民族区域自治地方适用的是以宪法为核心的具有社会主义性质的法律体系。特别行政区适用的法律则是以基本法为核心的具有资本主义性质的法律体系。特区目前实行的法律大体上分为两类，一类是特区立法机关自行制定的法律，一类是未成立特区前原有法律的继续。此外还包括中华人民共和国宪法、依据宪法制定的特别行政区基本法、由特别行政区基本法附则列举的其他全国性法律，以及在全国人民代表大会常务委员会宣布战争状态或者依法决定特别行政区进入紧急状态后，中央人民政府可发布命令将有关全国性法律在特别行政区实施。

4、特别行政区享有高度的自治权

作为中华人民共和国的一部分，特别行政区的权力不是固有的而是来自于中央的授权，是从属于国家主权的地方自治权，它包括：

（1）行政管理权。以行政长官为核心的特别行政区政府有依照基本法的有关规定自行处理特别行政区的行政事务的权力。

（2）立法权。按照基本法的规定，特别行政区享有立法权，特别行政区立法会是行使立法权的机关，依法有权制定、修改、暂停实施和废除在特别行政区实施的法律。但特别行政区的立法权受到一定的限制，即特别行政区对外交、国防以及其他属于中央人民政府管理范围内的事务无权立法。另外，特别行政区立法机关制定的法律须报全国人民代表大会常务委员会备案。但备案不影响生效。

（3）独立的司法权和终审权。独立的司法权，指特别行政区的各级法院依法独立行使审判权，不受任何干涉。终审权指特别行政区受理的诉讼案件，以特别行政区的终审法院为最高审级。终审法院的判决和裁定是最终的判决和裁定，诉讼当事人不能再向其他司法机关提出上诉。但特别行政区法院对国防外交等国家行为无管辖权。

（4）依法处理对外事务的权力。特别行政区政府依照基本法的规定或者经中央人民政府授权，可在经济、文化等领域从事或者开展对外交往，自行处理有关的对外事务。香港特别行政区基本法和澳门特别行政区基本法分别在第七章规定，在外交事务属于人民政府管理的前提下，特别行政区可在经济、贸易、金融、航运、通讯、旅游、文化、科技、体育等适当的领域以“中国香港”和“中国澳门”的名义，单独地同世界各国、各地区及有关国际组织保持和发展经济关系，签定和履行有关的协议。对以国家为单位参加的、同特别行政区有关的适当领域的国际组织和国际会议，特别行政区政府可派代表作为中华人民共和国代表团的成员或者以中央人民政府和上述有关国际组织或者国际会议允许的身份参加。对于中华人民共和国和特别行政区共同参加的国际组织，国家将采取适当的方式使其继续保持在该组织中的地位。对于中华人民共和国未参加而特别行政区参加的国际组织，中央将根据情况和需要使特别行政区以适当的形式继续参加这些组织。

第三节　公民的基本权利与义务

确认和保护公民的基本权利是宪法价值体系的核心。基本权利又可称之为基本人权。基本权利的主体，可分为一般主体、特殊主体和特定主体。一般主体主要指的是公民，即具有一国国籍的人。特殊主体主要指的是法人和外国人。特定主体主要指的是犯罪嫌疑人、妇

女、儿童、老人等主体。集体人权的提出和发展使得国家、民族等集体也可以成为基本权利的主体。

一、中国公民的基本权利

中国公民的基本权利可分为平等权、人身自由、宗教信仰自由、政治权利和自由、社会经济权利、文化教育权利、获得救济的权利等几类。

（一）平等权。中国宪法第 33 条规定，中华人民共和国公民在法律面前一律平等。这是对平等权的一般性规定，除此之外，宪法在第 4 条、第 5 条、第 34 条、第 36 条、第 48 条还对民族平等、男女平等、选举权平等、信仰平等作了具体的规定。宪法首先强调平等权，为公民平等地享有宪法和法律规定的各种权利提供了宪法基础。平等权是反抗特权的武器，平等权与特权是对立的。中国历史上的大部分时期，特权观念和特权制度长期盛行。现在，虽然名义上反对特权，但是政治、经济、社会、教育都为特权实践所主宰。如果不在实践中消除特权现象，“公民在法律面前一律平等”的宪法规定只是一种形式。

（二）人身权利与自由。人身权利与自由是指有关公民的生命、身体、健康、安全、名誉、隐私、人身自由等方面的权利和自由。人身权利和自由包括如下内容：人身不受侵害、人身自由不受侵犯、人格尊严不受侵犯、婚姻自由、住宅不受侵犯、通信自由和通信秘密等权利。人身权利与自由是权利主体享有各种其他权利和自由的前提。

1、公民的人身自由不受侵犯。人身自由即身体自由。公民的人身自由不受侵犯是指公民的人身和行动完全受自己自由支配，不受任何非法搜查、拘禁、逮捕、剥夺、限制和侵害。宪法第 37 条规定，中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯。任何公民，非经检察院批准或者决定或者法院决定，并由公安机关执行，不受逮捕。禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由，禁止非法搜查公民的身体。公民享有人身自由权是公民自由参加社会活动，享受其他权利的先决条件。

2、居住迁徙自由。居住自由，即人民有权选择其居所的自由，及其居所不受非法侵害的自由。在中国，臭名昭著的拆迁制度使居住自由荡然无存。只要国家或者企业希望，任何个人的住房都可以被强制拆除。虽然有一定的物质补偿，但是个人根本无权表达自己的主张。暴力拆迁很普遍，施暴者往往和地方政府或者政府官员形成利益集团，受到地方政府或者政府官员的纵容和保护。此外，在中国迁徙自由是不存在的。中国 1954 年宪法曾规定了迁徙自由，后来被取消。中国通过户口制度控制人口的流动，任何人都被严格地绑定于其户

口所在地。这一制度虽然在近30年来日益受到现实的冲击，但是，任何一个人要想把户口从一个地方迁移到另一个地方，仍然需要办理复杂的法律手续。特别是户口从不发达地区到发达地区迁移，受到极端的限制。也就是说，迁徙不自由，起因于中国公民天生的不平等。

3、公民的人格尊严不受侵犯。《宪法》第38条规定，中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害。即公民享有人格权。从中国宪法和法律的规定看，公民的人格权包括姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权等。

人格尊严的宪法保障，具体通过刑法、民法等部门法得到实现。《刑法》规定了对尊严权犯有侮辱罪、诽谤罪（第246条）和诬告陷害罪（第243条）的处罚，中国《民法通则》第6章第3节规定了对公民生命、健康、姓名等侵权的民事责任，从而将人格权的保护具体化了。

4、公民的住宅不受侵犯权。住宅是公民生活、学习的处所，其住宅是否受到保障直接关系到公民其他权利的实现。《宪法》第39条规定，中华人民共和国公民的住宅不受侵犯。禁止非法搜查或者非法侵入公民的住宅。公民的住宅不受侵犯是指任何机关、组织或者个人，非经法律许可，不得随意侵入、搜查或者查封公民的住宅，更不得强行霸占公民的住宅。住宅安全是保障公民人身自由不受侵犯的起码条件。宪法确认公民住宅不受侵犯是切实保障公民人身自由不受侵犯的延伸。凡是不经宅主同意随意侵入公民住宅的行为都构成对住宅安全的侵犯。为了确保宪法这一规定的实施，中国《刑法》规定，非法搜查他人身体、住宅，或者非法侵入他人住宅的，处3年以下有期徒刑或者拘役（第245条）。但根据有关法律，公安机关和检察机关为了收集犯罪证据、查获犯罪分子，可以对被告人以及可能隐藏犯罪嫌疑人或者犯罪证据的人的身体、物品、住处和其他有关场所进行搜查。

5、公民的通信自由和通信秘密受法律保护。一方面，公民享有通信自由；另一方面，通信秘密受法律保护。它是公民表达自由的延伸。《宪法》规定，中华人民共和国公民的通信自由和通信秘密受法律的保护。除因国家安全或者追查刑事犯罪的需要，由公安机关或者检察机关依照法律规定的程序对通信进行检查外，任何组织或者个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密（第40条）。

（三）宗教信仰自由

中国宪法保障宗教信仰自由，是对民族文化、民族感情以及民族生存权的尊重，构成了国家民族政策的重要组成部分。宗教信仰自由的保障具体表现在：

（1）宗教信仰自由是公民个人的权利，信与不信宗教由公民个人选择。宪法第36条规定，中华人民共和国公民有宗教信仰自由。任何国家机关、社会团体和个人不得强制公民信

仰宗教或者不信仰宗教，不得歧视信仰宗教的公民和不信仰宗教的公民。国家保护正常的宗教活动。这就为宗教信仰自由的实现提供了宪法依据。除宪法的总体规定外，中国刑法（第251条）、选举法（第3条）、义务教育法（第4条）等部门法也具体规定了对宗教信仰自由的保护。

（2）宗教信仰自由受物质保障。在保障宗教信仰自由的过程中，国家积极创造物质方面的条件，提供良好的环境。根据法律和政府的有关规定，各宗教团体的房屋财产权，归宗教团体所有，在房屋财产方面，宗教团体处于法人的地位。

（3）国家保护正常的宗教活动。宗教活动应该是公开的、有组织的，任何人不得利用宗教进行破坏社会秩序、损害公民身体健康、妨碍国家教育制度的活动。

（四）政治权利与自由

政治权利与自由是指依据宪法和法律的规定，公民有参加国家管理、参政议政的民主权利以及在政治上享有表达个人见解和意愿的自由。它包括公民的选举权和被选举权，公民的言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。

1、选举权和被选举权。选举权是指公民按照宪法和法律的规定，享有根据自己的意愿选举自己认为合适的人为国家代表机关的代表或者为特定国家机关领导人员的权利。而被选举权是指公民按照宪法和法律的规定，享有被选举成为国家代表机关的代表或者特定国家机关领导人员的权利。选举权和被选举权是公民的最基本的民主政治权利，是公民参与国家管理、行使当家做主权利的基础。宪法对公民的这一政治权利作了明确的规定，即中华人民共和国年满18周岁的公民，不分民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住期限，都有选举权和被选举权；但是依照法律被剥夺政治权利的人除外（第34条）。

2、言论、出版自由。宪法第35条规定，中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。这6项自由是公民关心国家大事，表达自己见解和愿望的一种民主权利，也是公民参加国家政治生活不可缺少的一种民主权利。这些自由被认为是表达自由的具体形式。表达自由是指公民有表达其意思的自由，而不应受其他外来因素的干扰。

（1）言论自由。言论自由是指公民享有宪法赋予的通过口头、书面、著作及电影、戏剧、音乐、广播、电视等手段表达自己思想、愿望和要求的自由权利。它是公民政治自由中最重要的一项权利，其他自由都是言论自由的具体化和扩大。

（2）出版自由。出版自由是指公民在宪法和法律规定的范围内，通过公开发行的出版物，包括书籍、报纸、传单、广播、电视等，自由地表达自己对国家事务、经济和文化事业、社会事务的意见和思想的权利。

3、结社自由。结社自由是指宪法确认的、公民为了某种宗旨而依法组织某种社会团体的自由。中国宪法规定的结社自由主要是指不以赢利为目的的结社，其中主要以成立社会团体为其内容。

4、集会、游行、示威自由。集会、游行、示威自由都是公民表达自己见解、意愿的自由，是言论自由的延伸和具体化，是公民表现其意愿的不同形式。集会是指聚集于露天公共场所，发表意见，表达意愿的活动。游行是指在公共道路、露天公共场所列队行进、表达共同意愿的活动。示威是指在露天公共场所或者公共道路上以集会、游行、静坐等方式，表达要求、抗议或者支持、声援等共同意愿的活动。

公民享有集会、游行、示威的自由权利是现代民主制度的要求，国家应为公民充分行使这种权利提供必要的条件和保障。1989 年《集会游行示威法》在总则中明确规定了公民行使集会、游行、示威的权利，各级人民政府应当依照该法规定予以保障。同时，该法确定了限制集会、游行、示威的界限。第 12 条规定，申请举行的集会、游行、示威，有下列情形之一的，不予许可：反对宪法所确定的基本原则的；危害国家统一、主权和领土完整的；煽动民族分裂的；有充分根据认定申请举行的集会、游行、示威将直接危害公共安全或者严重破坏社会秩序的。中国宪法并未规定罢工的自由。

与各国一样，中国法律对言论自由也施加了各种限制。例如对于网络言论的限制，主要是针对涉及政治制度和国家安全的言论。2000 年全国人民代表大会常务委员会《关于维护互联网安全的决定》第 2 条规定，为了维护国家安全和社会稳定，对有下列行为之一，构成犯罪的，依照刑法有关规定追究刑事责任：1、利用互联网造谣、诽谤或者发表、传播其他有害信息，煽动颠覆国家政权、推翻社会主义制度，或者煽动分裂国家、破坏国家统一；2、通过互联网窃取、泄露国家秘密、情报或者军事秘密；3、利用互联网煽动民族仇恨、民族歧视，破坏民族团结；4、利用互联网组织邪教组织、联络邪教组织成员，破坏国家法律、行政法规实施。1997 年公安部《计算机信息网络国际互联网安全保护管理办法》第 5 条规定，任何单位和个人不得利用国际联网制作、复制、查阅和传播下列信息：1、煽动抗拒、破坏宪法和法律、行政法规实施的；2、煽动颠覆国家政权，推翻社会主义制度的；3、煽动分裂国家、破坏国家统一的；4、煽动民族仇恨、民族歧视，破坏民族团结的；5、捏造或者歪曲事实，散布谣言，扰乱社会秩序的；6、宣扬封建迷信、淫秽、色情、赌博、暴

力、凶杀、恐怖，教唆犯罪的；7、公然侮辱他人或者捏造事实诽谤他人的；8、损害国家机关信誉的；9、其他违反宪法和法律、行政法规的。

（五）公民的社会经济权利

社会经济权利是指公民依照宪法规定享有的经济物质利益方面的权利，是公民实现其他权利的物质保障。随着宪法调整范围的扩大，社会经济权利的内容呈现出不断扩大的趋势，如出现了消费者权利保护、环境权保护等新的权利类型。根据中国宪法的规定，公民的经济社会权利包括：财产权、劳动权、休息权、物质帮助权、退休人员的生活保障权。

（六）公民的文化教育权利

文化教育权利是公民在教育与文化领域享有的权利与自由。这些权利与自由对于建设社会主义物质文明与精神文明，提高全民族的科学文化水平具有重大的意义。具体包括：公民有受教育的权利与义务；公民有进行科研、文艺创作和其他文化活动的自由。

（七）监督权

监督权是宪法规定的公民基本权利之一，是公民监督国家机关及其工作人员活动的权利。《宪法》第 27 条规定，一切国家机关和工作人员必须依靠人民的支持，经常保持同人民的密切联系，倾听人民的意见和建议，接受人民的监督，努力为人民服务。第 41 条规定，中华人民共和国公民对于任何国家机关和国家工作人员，有提出批评和建议的权利；对于任何国家机关和国家工作人员的违法失职行为，有向有关国家机关提出申诉、控告或者检举的权利，但是不得捏造或者歪曲事实进行诬告陷害。这些规定共同确立了公民享有批评和建议权、检举权、申诉和控告权。从整体上讲，这些权利可以被概称为监督权。

（八）公民的救济权

权利一旦受到损害，则必须予以补救、恢复或者对损害及其他侵害行为予以纠正和惩罚，这就是权利的救济。权利救济是权利保障的最后手段，也是权利保障不可或者缺的重要环节。因此，宪法不仅规定了基本权利而且还规定了获得救济的权利（第 41 条）。具体包括：（1）申诉权和控告权。申诉权是指因自己或者其家属遭到国家机关的不适当的处分或者处罚，或者受到不正当的待遇时，有权向有关国家机关提出申诉，并要求重新作出决定的权利。控告权是指公民有权对国家机关或者国家工作人员的违法失职行为向有关国家机关指控或者告发，并要求予以处理或者制裁。（2）复议权是公民、法人或者其他组织认为国家机关的职权行为侵犯其合法权益时，自己可以依法提请特定的国家机关对其进行审查并做出决定的权利。复议权主要包括行政复议权和司法复议权。（3）诉讼权是起诉权、上诉权、再审申诉权以及诉讼上其他请求权的总称。（4）获得赔偿权和补偿权。中国宪法明确规

定，由于国家机关和国家工作人员侵犯公民权利而受到损失的人，有依照法律规定取得赔偿的权利（第 41 条第 3 款）。

（九）特定人群的权利

在中国的基本权利体系中，存在着特定主体享有的权利，主要包括妇女、儿童、老人、残疾人与外国人（第 45，45，48，49 条）。

二、中国公民的基本义务

宪法在确认公民基本权利的同时，规定了公民应尽的基本义务。社会主义国家公民的权利与义务是一致的。任何公民享有宪法和法律规定的权利,同时必须履行宪法和法律规定的义务。

中国宪法规定的公民基本义务，主要有以下几项：

1、遵守宪法和法律（第 33 条）。中国的宪法和法律是工人阶级领导全国人民制定的，是广大人民的意志和利益的集中表现。人民服从宪法和法律,就是接受工人阶级的领导,服从人民自己的意志。因此，这是公民最基本的义务。公民不仅必须自觉地遵守宪法和法律，还要同一切违反宪法和法律的行为作斗争，保证宪法和法律的实施。

2、维护国家统一和全国各民族的团结。《宪法》第 52 条规定，中华人民共和国公民有维护国家统一和全国各民族团结的义务。维护国家统一是要求公民负有维护国家主权独立和领土完整的义务，是中国公民的最高法律义务。任何人都不得以任何方式分裂国家、接受外国势力支配、割让领土、服从外国势力或要求外国干涉中国内政，坚持台湾是中国领土不可分割的一部分的原则，反对外来侵略或危害国家政权统一管辖权的行为。公民应履行这项义务，而实际上它也是对中国政府及国家各级领导人的要求，因为后者违反此项义务的后果要比普通公民的违反义务的后果严重得多。维护民族团结的义务是指每个公民都有责任维护各民族间的平等、团结和互助关系，同一切破坏民族团结和制造民族分裂的言行作斗争，它与中国多民族的国家结构密切相关。全国各族人民都要把维护民族团结作为自己的崇高责任，任何人都不得以任何形式制造民族矛盾和民族冲突。

3、保守国家秘密，爱护公共财产，遵守劳动纪律，遵守公共秩序，尊重社会公德（第 53 条）。为了防止国内外阶级敌人窃取国家政治、军事、外交、经济、科学、文化等方面的机密，保卫国家安全，保障社会主义建设的胜利进行，宪法规定公民必须保守国家秘密。爱护公共财产包括爱护国家所有的财产和集体所有的财产。遵守公共秩序包括遵守社会秩

序、生产秩序、工作秩序、教学科研秩序和人民群众生活秩序。尊重社会公德是社会主义精神文明和道德修养的重要内容，是公民必须履行的义务。国家提倡爱祖国、爱人民、爱劳动、爱科学、爱社会主义的公德，在人民中进行爱国主义、集体主义和国际主义、共产主义的教育，进行辩证唯物主义和历史唯物主义的教育，反对资本主义的、封建主义的和其他的腐朽思想。

4、维护祖国的安全、荣誉和利益。《宪法》第 54 条规定，中华人民共和国公民有维护祖国的安全、荣誉和利益的义务，不得有危害祖国的安全、荣誉和利益的行为。这条规定是对总纲第 24 条所提倡的“爱祖国”规范的具体化，把爱祖国落实为公民的基本义务。国家的安全是每一个以中国为祖国的公民生产生活、安居乐业的必要条件，反过来每个公民也就有义务维护祖国的安全。国家的荣誉也就是国家和民族的尊严，作为中国的公民，任何人都有义务维护国家的荣誉，任何崇洋媚外、丧失人格国格的行为都是不允许的。维护国家的荣誉，也就是维护中国人自己的荣誉。不热爱祖国的人，就是有辱中国公民的人格的人，情节严重的不仅应受到谴责，也应当受到法律的制裁。同理，对于国家利益，每个公民都有维护的责任。这里的国家利益，主要是指国家的整体利益，不是在公民与国家关系意义上讲的，而是相对于外国国家利益而言的，其中包括政治、经济等方面的内容。任何公民都不能以牺牲国家利益来换取个人好处，否则就要受到法律的制裁。

5、依照法律服兵役和参加民兵组织。保卫祖国、抵抗侵略是每个公民的神圣职责（第 55 条）。服兵役和参加民兵组织是中国公民的光荣义务。《兵役法》（1984 年 5 月 31 日第 6 届全国人民代表大会第 2 次会议通过，1998 年 12 月 29 日第 9 届全国人民代表大会常务委员会第 6 次会议第 1 次修正；2009 年 8 月 27 日第 11 届全国人民代表大会常务委员会第 10 次会议第 2 次修正；2011 年 10 月 29 日第 11 届全国人民代表大会常务委员会第 23 次会议第 3 次修正），规定中国实行义务兵与志愿兵相结合、民兵与预备役相结合的兵役制度（第 2 条）。《兵役法》规定，公民不分民族、种族、职业、家庭出身、宗教信仰和教育程度，都有服兵役的义务，但依法被剥夺政治权利的人除外（第 3 条）。民兵是不脱产的群众武装组织，是中国人民解放军的助手和后备力量。民兵的任务是参加社会主义现代化建设；执行战备勤务，参加防卫作战，抵抗侵略，保卫祖国；为现役部队补充兵员；协助维护社会秩序，参加抢险救灾（第 38 条）。

6、依照法律纳税。税收是国家预算收入的组成部分，是积累社会主义建设资金的重要方式。中国的税收用于社会主义经济建设、文化建设、国防建设和政权建设，以提高人民的物质和文化生活水平和保卫人民的胜利果实。它取之于民，用之于民。《宪法》第 56 条规

定，中华人民共和国公民有依照法律纳税的义务。税收的种类和纳税办法，由有关的法律、条例等规定。对违反税收法规的，依法予以处理。

7、其他义务。宪法第 49 条第 2 款规定了“夫妻双方有实行计划生育的义务”；第 3 款规定了“父母有抚养教育未成年子女的义务，成年子女有赡养扶助父母的义务”。计划生育、控制人口增长，是中国的一项基本国策，被认为是保证国家繁荣富强、子孙万代永享幸福的千秋大计。父母抚养教育未成年子女和成年子女赡养扶助父母，是中国公民家庭关系的基本准则。父母遗弃和虐待未成年子女、成年子女虐待父母的行为，不仅要受到舆论的谴责，严重的还要依法受到惩处。此外，公民还有劳动的义务和受教育的义务。

第四节　国家机构

国家机构就是国家机关的总和，是国家的国体、政体、国家结构的具体化、物质化，是行使国家权力，实现国家职能的有形组织。

根据中国宪法的规定，中国国家机构的组织系统是权力机关、国家主席、行政机关、国家军事领导机关、审判机关和检察机关以及民族自治地方的自治机关。中央国家机构包括最高国家权力机关（全国人民代表大会）、国家主席、最高国家行政机关（国务院）、国家军事领导机关（中央军事委员会）、最高国家审判机关（最高法院）、最高检察机关（最高检察院）；地方国家机构包括：地方各级国家权力机关（地方各级人民代表大会）、地方各级国家行政机关（地方各级人民政府）、地方各级国家审判机关（地方各级法院）、地方各级国家检察机关（地方各级检察院）、以及民族自治地方的自治机关和特别行政区的国家机关。

一、国家权力机关

（一）全国人民代表大会是国家最高权力机关

1、性质。“20 年前刚刚进行全民普法教育的时候，当问到‘哪个机构是中国最高国家权力机关’的问题时，人们的答案各式各样，有回答是中共中央的，有回答是中共中央政治

局的，有回答是中顾委的，有回答是国务院的，也有回答是某个国家领导人的，就是没有回答是全国人民代表大会的。”[13] 其实，根据宪法规定，全国人民代表大会的性质是最高国家权力机关（第 57 条），也是国家立法机关（第 58 条），全国人民代表大会在整个国家机构体系中居于首要的和最高的地位。就其性质而言，所谓最高国家权力机关，意味着全国人民代表大会是国家权力的最高体现者，集中代表全国各族人民的意志和利益，行使国家的立法权和决定国家生活中的其他重大问题。因此，就其地位而言，全国人民代表大会在中国国家机关体系中居于首要地位，其他任何国家机关都不能超越于全国人民代表大会之上；全国人民代表大会在国家立法中也处于最高的位置上，它通过的法律和决议，其他国家机关都必须遵照执行。需要明确的是，全国人民代表大会的最高地位是宪法上的和国家机关间工作分工上的。作为人民民主专政的国家，领导中国人民的政治核心是中国共产党。全国人民代表大会决策的政治方向和重大内容必须符合党的政治要求；全国人民代表大会的组成人员应当来自于党的推荐；全国人民代表大会代表在进行立法活动和其他重要事项时，必须自觉接受党的方针、政策的指导。但是，至少在理论上，中国共产党不能代替全国人民代表大会制定法律，更不能向全国人民代表大会发号施令；全国人民代表大会制定的法律，中国共产党也必须遵守。

2、组成。全国人民代表大会由代表组成。代表都是间接选举产生的。根据宪法和选举法，全国人民代表大会的代表，由省、自治区、直辖市的人民代表大会和人民解放军选举产生（第 59 条）。全国人民代表大会代表的名额不超过三千人。香港特别行政区、澳门特别行政区应选全国人民代表大会代表的名额和代表产生办法，由全国人民代表大会另行规定（《宪法》第 59 条，《选举法》第 15 条）。2009 年《选举法》修改之前，中国实行不平等的选举人票，即农村四人相当于城镇一人。2009 年才实行一人一票制度。

3、任期。全国人民代表大会每届任期 5 年。全国人民代表大会任期届满的两个月以前，全国人民代表大会常务委员会必须完成下届全国人民代表大会代表的选举。如果遇到不能进行选举的非常情况，由全国人民代表大会常务委员会以全体组成人员的三分之二以上的多数通过，可以推迟选举，延长本届全国人民代表大会的任期。在非常情况结束后一年内，必须完成下届全国人民代表大会代表的选举（第 60 条）。

4、职权。根据宪法的规定，全国人民代表的职权主要有以下 6 个方面：（1）修改宪法，监督宪法实施。（2）制定和修改基本法律。（3）选举、决定和罢免国家机关的领导

[13] 甘超英编著，《宪法学》，人民法院出版社，2003 年 2 月版。
http://www.pkulaw.cn/fax/xfx/contents/class07_2_1r.htm

人。（4）决定国家重大问题。（5）最高监督权。（6）其他应当由它行使的职权（第 62 条）。

5、会议制度。召开全国人民代表大会会议，是全国人民代表大会开展工作、履行职权的基本形式。全国人民代表大会会议每年举行一次，由全国人民代表大会常务委员会召集。如果全国人民代表大会常务委员会认为必要，或者有五分之一以上的全国人民代表大会代表提议，可以临时召集全国人民代表大会会议。全国人民代表大会举行会议的时候，选举主席团主持会议（第 61 条）。

（二）全国人民代表大会常务委员会

1、性质、地位。全国人民代表大会常务委员会是全国人民代表大会的常设机关（第 57 条），是全国人民代表大会闭会期间经常行使国家权力的机关，是最高国家权力机关的组成部分，也是行使国家立法权的机关。全国人民代表大会常务委员会隶属于全国人民代表大会，受全国人民代表大会的领导和监督，向全国人民代表大会负责并报告工作。全国人民代表大会有权撤消全国人民代表大会常务委员会不适当的决定，有权罢免其组成人员。

2、组成和任期。全国人民代表大会常务委员会由全国人民代表大会选举委员长、副委员长若干人、秘书长和委员若干人组成（第 65 条）。全国人民代表大会常务委员会组成人员必须是全国人民代表大会代表，并在每届人民代表大会一次会议上选举产生。宪法规定，在全国人民代表大会常务委员会组成人员中，应当有适当名额的少数民族代表（同前条）。为了使全国人民代表大会常务委员会更好地履行职务，宪法规定，全国人民代表大会常务委员会组成人员不得担任国家行政机关、审判机关和检察机关的职务（同前条）。全国人民代表大会常务委员会每届任期与全国人民代表大会相同，均为 5 年，行使职权到下一届全国人民代表大会选出新的常务委员会为止。宪法规定，常务委员会委员长、副委员长实行限任制，连续任职不得超过两届（第 66 条）。

3、职权。根据宪法的规定，全国人民代表大会常务委员会的职权主要有：（1）解释宪法和法律，监督宪法的实施；（2）行使国家立法权；（3）决定和任免有关国家机关工作人员；（4）监督国家机关的工作；（5）决定国家重大问题；（6）全国人民代表大会授予的其他职权（第 67 条）。

4、会议制度。全国人民代表大会常务委员会是合议制机关，通过举行会议和作出会议决定的形式行使职权。全国人民代表大会常务委员会会议有两种形式，即全体会议和委员长会议。全体会议一般每两个月举行一次，必要时可以召集临时会议。委员长会议由委员长、

副委员长、秘书长组成，其任务是处理全国人民代表大会常务委员会的日常工作，但委员长会议不能代替全国人民代表大会常务委员会行使职权（第68条）。

（三）全国人民代表大会代表

全国人民代表大会代表是最高国家权力机关的组成人员，他们由全国各族人民根据法律规定民主选举产生，代表人民的意志和利益，参政议政，决定国家大事，行使最高国家权力。全国人民代表大会代表主要是通过参加全国人民代表大会会议，参与立法讨论和决定国家生活中的重大问题，代表人民管理国家事务。《中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表法》（1992年4月3日第7届全国人民代表大会第5次会议通过，2009年8月27日第11届全国人民代表大会常务委员会第10次会议第1次修正，2010年10月28日第11届全国人民代表大会常务委员会第17次会议第2次修正），对人民代表大会代表的权利与义务作出了较详细的规定。

1、代表的权利（第3条）有，出席本级人民代表大会会议，参加审议各项议案、报告和其他议题，发表意见；依法联名提出议案、质询案、罢免案等；提出对各方面工作的建议、批评和意见；参加本级人民代表大会的各项选举；参加本级人民代表大会的各项表决；获得依法执行代表职务所需的信息和各项保障；法律规定的其他权利。

2、代表的义务（第4条）有，模范地遵守宪法和法律，保守国家秘密，在自己参加的生产、工作和社会活动中，协助宪法和法律的实施；按时出席本级人民代表大会会议，认真审议各项议案、报告和其他议题，发表意见，做好会议期间的各项工作；积极参加统一组织的视察、专题调研、执法检查等履职活动；加强履职学习和调查研究，不断提高执行代表职务的能力；与原选区选民或者原选举单位和人民群众保持密切联系，听取和反映他们的意见和要求，努力为人民服务；自觉遵守社会公德，廉洁自律，公道正派，勤勉尽责；法律规定的其他义务。

3、代表资格的停止和终止

根据法律规定，除在下一次选举中落选外，代表在一定情况下可以被停止执行代表职务或终止代表资格。代表有下列情形之一的，暂时停止执行代表职务，由代表资格审查委员会向本级人民代表大会常务委员会或者乡、民族乡、镇的人民代表大会报告：1、因刑事案件被羁押正在受侦查、起诉、审判的；2、被依法判处管制、拘役或者有期徒刑而没有附加剥夺政治权利，正在服刑的。前款所列情形在代表任期内消失后，恢复其执行代表职务，但代表资格终止者除外（第48条）。代表有下列情形之一的，其代表资格终止：1、地方各级人民代表大会代表迁出或者调离本行政区域的；2、辞职被接受的；3、未经批准两次不出席本

级人民代表大会会议的；4、被罢免的；5、丧失中华人民共和国国籍的；6、依照法律被剥夺政治权利的；7、丧失行为能力的（第 49 条）。

（四）地方各级人民代表大会

地方各级人民代表大会是地方国家权力机关。根据宪法第三章第五节的规定，中国划分为若干行政区，相应地设立各级地方国家权力机关；本级的地方国家行政机关、审判机关、检察机关都由本级人民代表大会产生，对它负责，受它监督。因此，各级人民代表大会在本行政区域内居于最高地位。地方各级人民代表大会与全国人民代表大会一起构成中国国家权力机关体系。全国人民代表大会与地方各级人民代表大会之间，以及地方各级人民代表大会之间没有隶属关系，但上级人民代表大会有权依照宪法和法律监督下级人民代表大会的工作。

地方各级人民代表大会由人民代表组成。代表的产生采取直接选举和间接选举并用的办法：不设区的市、市辖区、县、自治县、乡、民族乡、镇的人民代表大会代表，由选民直接选举产生；省、自治区、直辖市、设区的市、自治州的人民代表大会代表，由下一级人民代表大会选举产生。省、自治区、直辖市、市（包括设区的市和不设区的市）、自治州、市辖区、县、自治县的人民代表大会代表每届任期为 5 年；乡、民族乡、镇的人民代表大会代表每届任期为 3 年。

二、国家元首

国家元首是国家首脑，是国家对内对外的最高代表。中华人民共和国主席是中国国家元首。国家主席从属于全国人民代表大会，不参与国家行政工作，对全国人民代表大会不负行政责任。宪法规定，中华人民共和国主席、副主席由全国人民代表大会选举产生，宪法第 79 条规定，有选举权和被选举权的年满 45 周岁的中华人民共和国公民可以被选为中华人民共和国主席、副主席。国家主席、副主席每届任期同全国人民代表大会每届任期相同，即 5 年，连续任职不得超过两届。

宪法规定，中华人民共和国主席根据全国人民代表大会的决定和全国人民代表大会常务委员会的决定，公布法律，任免国务院总理、副总理、国务委员、各部部长、各委员会主任、审计长、秘书长，授予国家的勋章和荣誉称号，发布特赦令，宣布进入紧急状态，宣布战争状态，发布动员令（第 80 条）。中华人民共和国主席代表中华人民共和国，进行国事

活动，接受外国使节；根据全国人民代表大会常务委员会的决定，派遣和召回驻外全权代表，批准和废除同外国缔结的条约和重要协定（第 81 条）。

三、国家行政机关

（一）最高国家行政机关

1、中国最高行政机关的性质、地位、组成和任期。中华人民共和国国务院，即中央人民政府，是最高国家权力机关的执行机关，是最高国家行政机关（第 85 条）。国务院由总理、副总理、国务委员、各部部长、各委员会主任、审计长和秘书长组成（第 86 条）。宪法第 80 条规定，国务院总理由国家主席提名，经全国人民代表大会以全体代表的过半数通过决定，由国家主席任命。国务院的其他组成人员，均由总理提名，由全国人民代表大会决定。在全国人民代表大会闭会期间，根据总理提名，全国人民代表大会常务委员会可以决定国务院部长、委员会主任、审计长和秘书长的人选。国务院上述人员经全国人民代表大会及其常务委员会通过后，都由国家主席任命。国务院每届的任期同全国人民代表大会的任期相同，即 5 年。总理、副总理、国务委员连续任职不得超过两届（第 87 条）。

2、国务院的领导体制和会议制度。宪法第 86 条规定国务院实行总理负责制，把集体领导和个人负责有机地结合起来，形成了具有中国特色的首长负责制。国务院的会议分为全体会议和常务会议。全体会议由国务院全体成员组成。常务会议由总理、副总理、国务委员、秘书长组成。这两种会议都由总理召集主持，国务院工作中的重大问题，必须经国务院常务会议或者全体会议讨论，在集体讨论的基础上由总理作出决定（第 88 条）。

3、国务院的职权。根据宪法第 89 条规定，国务院的主要职权可以归纳为：（1）根据宪法和法律，规定行政措施，制定行政法规，发布行政决定和命令；（2）提出议案权；（3）对所属部、委和地方行政机关的领导和监督权；（4）管理和领导各项行政工作；（5）对行政人员的任免、奖惩权；（6）重大问题的决定权。

（二）地方各级人民政府

地方各级人民政府是地方各级国家权力机关的执行机关，是地方各级国家行政机关（第 105 条）。地方各级人民政府从属于本级国家权力机关，它由同级国家权力机关产生，对本级人民代表大会及其常务委员会负责并报告工作。对于本级国家权力机关通过的地方性法规和决议必须贯彻执行。同时，地方各级人民政府还要服从上级人民政府的领导，向上一级人

民政府负责并报告工作，执行上级行政机关的决定和命令。全国地方各级人民政府都要接受国务院的领导，同时又要发挥自己的主动性，努力搞好工作。

省、自治区、直辖市、自治州和设区的市的人民政府分别由省长、副省长、自治区主席、副主席、市长、副市长、州长、副州长和秘书长、厅长、局长、委员会主任等组成。县、自治县、不设区的市、市辖区人民政府分别由县长、副县长、市长、副市长、区长、副区长和局长、科长等组成。乡、民族乡、镇人民政府分别由乡长、副乡长、镇长、副镇长组成。地方各级人民政府每届任期与本级人民代表大会的任期相同。省、自治区、直辖市、自治州和设区的市、县、自治县、不设区的市、市辖区人民政府每届任期 5 年。乡、民族乡、镇人民政府每届任期 3 年（第 106 条）。

地方各级人民政府实行首长负责制（第 105 条第 5 款）。这种领导体制是由行政机关的性质和职权决定的，是工作的需要。但地方各级人民政府首长对于重大问题的决策，仍然要召开会议，广泛听取各方面的意见，在充分发挥集体智慧的基础上，最后由行政首长依法作出决策，并对决定的后果负责。

四、国家军事机关

宪法第 93 条规定，中华人民共和国中央军事委员会领导全国武装力量。这一规定表明，中央军事委员会是国家最高军事领导机关。从国家机构体系看，中央军事委员会由最高国家权力机关产生，并向他负责，接受他的监督，其地位从属于最高国家权力机关。中央军事委员会由主席、副主席若干人，委员若干人组成。中央军事委员会主席由全国人民代表大会选举产生。根据中央军委主席的提名，全国人民代表大会决定中央军委的其他人员。在全国人民代表大会闭会期间，全国人民代表大会常务委员会根据中央军委主席的提名，决定中央军委的其他成员。全国人民代表大会有权罢免中央军委组成人员。中央军事委员会每届任期与全国人民代表大会任期相同，即 5 年。中央军事委员会主席对全国人民代表大会和人民代表大会常务委员会负责。

宪法规定，中央军事委员会实行主席负责制，中央军委主席有权对中央军委职权范围内的事务作出决策并迅速贯彻执行。这是领导军事工作的客观需要。

1983 年中华人民共和国中央军事委员会成立后，这个机构拥有双重身份，一个是中国共产党中央军事委员会，一个是中华人民共和国中央军事委员会。党代会往往在全国人民代表大会换届之前半年召开，这样中共中央军委换届往往比国家军委换届提前半年。在这段过

渡时期，中国存在着两个军委和两个军委主席，即中共中央军委主席和中华人民共和国军委主席。

五、国家司法机关

（一）法院。法院是国家的审判机关（第 123 条），依法行使审判权。中国的法院的组织系统是最高法院、地方各级法院和军事法院、海事法院等专门法院（第 124 条）。地方各级法院包括基层法院、中级法院和高级法院。各级法院可以设立刑事审判庭、民事审判庭、经济审判庭和行政审判庭等。根据宪法和法律规定，最高法院对全国人民代表大会及其常务委员会负责并报告工作；地方各级法院对本级人民代表大会及其常务委员会负责并报告工作（第 128 条）。最高法院统一监督地方各级法院和专门法院的审判工作；上级法院监督下级法院的审判工作（第 127 条）。中国法院审判案件，实行两审终审制。即一般案件经过地方法院的一审判决和裁定后，当事人可以按照二审程序向上一级法院上诉；检察院就一审刑事案件可以按照法定程序向上一级法院抗诉。经上一级法院第二审作出的判决和裁定除法律规定应由最高法院核准的死刑案件外，就是终审判决和裁定，不得上诉。

（二）检察院。中国检察院是国家的法律监督机关（第 129 条）。检察院通过行使检察权，对国家机关、国家机关工作人员和公民是否遵守宪法和法律实行监督。检察院的组织系统是最高检察院、地方各级检察院和专门检察院（第 130 条）。地方各级检察院又分为省、自治区、直辖市检察院；省、自治区、直辖市人民检察分院；自治州检察院；县、市、自治县和市辖区检察院。中国检察院的领导体制实行双重领导原则，即最高检察院对全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会负责并报告工作。地方各级检察院对本级人民代表大会及其人民代表大会常务委员会负责并报告工作。上级检察院领导下级检察院的工作，最高检察院领导地方各级检察院和专门检察院的工作（第 132 条）。

第五节　宪法监督

宪法监督在最一般的意义上指的是特定的社会主体对宪法实施进行的监察和督促。

1、中国宪法序言规定，全国各族人民，一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织，都必须以宪法为根本的活动准则，并且负有维护宪法尊严、保证宪法实施的职责。宪法第 5 条又明确规定，一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触；任何组织或者个人都不得有超越宪法的特权；一切违反宪法的行为必须予以追究。这反映了宪法监督的基本原则。

2、宪法第 62 条和第 64 条分别规定，全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会分别有权行使宪法监督权，这是对于宪法监督主体的直接规定。宪法第 99 条又规定，地方各级人民代表大会在本行政区域内保证宪法、法律、行政法规的遵守和执行。“保证宪法的遵守和执行”可以理解为包涵“监督宪法实施”的内涵，这是对宪法监督主体的间接性的规定。

3、宪法第 70 条和第 71 条规定，全国人民代表大会设立专门委员会，研究、审议和拟订有关议案；在全国人民代表大会及其常务委员会认为必要的情况下还可以组织特定问题的调查委员会。根据《全国人民代表大会组织法》第 37 条的规定，各专门委员会的任务之一是：审议全国人民代表大会常务委员会交付的被认为同宪法相抵触的国务院的行政法规、决定和命令，国务院各部、各委员会的命令、指示和规章，省、自治区、直辖市的人民代表大会和它们的常务委员会的地方性法规和决议，以及省、自治区、直辖市的人民政府的决定、命令和规章，提出报告。由专门委员会从事具体的审议工作，中国最高国家权力机关行使监督宪法实施的职权就得到了进一步的落实。特定问题的调查委员会完全有可能是针对宪法实施问题而组织的。

4、宪法作出一系列具体规定，使中国形成了一定的法制监督体系。根据宪法规定，全国人民代表大会有权改变或者撤消全国人民代表大会常务委员会的不适当的决议；全国人民代表大会常务委员会有权撤消国务院制定的同宪法相抵触的行政法规、决定和命令，并有权撤消省、自治区、直辖市国家权力机关制定的同宪法相抵触的地方性法规和决议；国务院有权改变或者撤消各部、各委员会发布的不适当的命令、指示和规章，并有权改变或者撤消地方各级国家行政机关的不适当的决定和命令；县级以上的地方各级人民代表大会有权改变或者撤消本级人民代表大会常务委员会的不适当的决议；县级以上地方各级人民代表大会常务委员会有权撤消本级人民政府的不适当的决定和命令，并有权撤消下一级人民代表大会的不适当的决议；县级以上的地方各级人民政府有权改变或者撤消所属各部门和下级人民政府的不适当的决定；自治区的自治条例和单行条例须报全国人民代表大会常务委员会批准后生

效，自治州、自治县的自治条例和单行条例须报省或者自治区人民代表大会常务委员会批准后生效。

但是，总体而言，中国宪法监督制度还处于初创阶段，存在着明显的缺陷：

1、立法机关行使宪法监督权，而没有专门的宪法监督机构。中国宪法规定全国人民代表大会及其常务委员会行使宪法监督权，但不论是全国人民代表大会还是其常务委员会都不是专门的宪法监督机关，他们分别承担着繁重的工作任务，根本无暇顾及监督。宪法监督是一项专业性、技术性很强的工作，客观上要求设立专门的机关负责处理违宪事务。

2、没有宪法监督的程序。中国的宪法监督制度，从宪法规范上来看，宣言性、原则性的规定多，而缺乏追究违宪行为的程序。

3、缺乏对特定主体的监督。中国的法律不存在对于国家重要公务人员违宪进行追究的规定。

第三章　行政法

第一节　概述

一、行政法的概念

行政法是调整行政关系的法律规范的总称。行政关系是指国家行政机关在履行其职能的过程中所发生的各种社会关系的总称。行政关系是现代国家最基本、最重要的社会关系之一。在中国，行政关系主要有以下分类：一类是按当事人不同可分为行政机关同其他国家机关的关系，国家行政机关之间的关系，国家行政机关同它的工作人员的关系，行政机关同社会组织、企、事业单位社会团体之间的关系，行政机关及其工作人员同公民、外国人及无国籍人之间关系等。另一类是按内容不同可分为命令与服从，服务与被服务，监督与被监督关系等。一般说来，任何行政关系必须有国家行政机关参与其间并起主导作用。没有国家行政机关及其职能的行使，也就无所谓行政关系。同时，也应该指出的是，国家行政机关与行政相对人之间发生的关系，不一定都是行政关系。如国家行政机关与行政相对人的买卖关系、借贷关系、承包关系等合同关系就不是行政关系，而是民事关系，不属于行政法调整的范围。

二、行政法的任务和作用

行政法通过对行政关系的法律调整，确认行政关系参加者的法律地位，保障国家行政机关及其公务员正确、合法、有效地行使职权，履行职责，防止其违法越权和滥用权力现象的

发生；通过实施行政法制监督，追究违法者的行政责任，保护行政管理相对人的合法权益，提高国家公务员和公民的行政法律意识，促进、完善中国社会主义民主和法制建设。

一般说来，行政法有以下 5 个方面作用：

1、指导行政法律关系主体。行政法为国家行政机关的工作规定原则，为行政法律关系的主体指明活动方向和提供行为准则。

2、统一行政管理活动。行政法一方面为全国的国家行政机关整个系统的管理科学化和一体化提供了保证，另一方面，也为以各种手段保证行政机关管理活动的统一性提供了保证。

3、维护行政机关的权威。行政立法确认行政机关的法律地位，规定行政机关的权力，保证其活动的有效性，行政法的正确实施，就是对行政机关权威的维护。

4、控制行政机关的行为。行政法通过设立一定的控制机制保证行政机关活动真正反映人民意志，代表人民的利益。

5、保障公民权利。作为行政管理相对人的公民、法人或者其他组织，必须防止和消除来自行政违法或者不当行政行为对其合法权益的侵犯。行政法设立了一系列制度和程序，诸如申诉程序、诉讼程序、举报制度和信访制度等使公民有可能请求国家机关维护其权益。

三、行政法的基本原则

行政法的基本原则贯穿于国家行政活动的所有环节，是全部行政法规范所反映出来的共同原则。行政法基本原则可以归纳为三个，即行政合法性原则、行政合理性原则和行政应急性原则：

1、行政合法性原则。行政合法性原则，又称依法行政原则或者行政法治原则。就是说行政活动必须以法律为依据，严格遵守法律的规定。具体地说，行政合法性原则，要求所有行政法律关系当事人都必须严格遵守并执行行政法律规范，一切行政活动都必须以法律为依据，严格遵守法律的有关规定，任何行政法律关系主体不得享有法外特权，越权行为是无效行为，违反行政法律规范的行为应导致相应的法律后果，一切行政违法主体都必须承担相应法律责任。

2、行政合理性原则。行政合理性原则，指的是行政法律关系当事人的行为，特别是行政机关的行为，不仅要合法而且要合理，也就是行政机关的自由裁量行为要做到合情、合理、恰当、适度。因为要求法律对所有的行政行为都予以具体的详细的规定是不可能的，也

是不现实的。这样，行政机关就被赋予了一定的自由裁量权，使其根据具体情况做出相应的行为。但仅以行政合法性原则限制行政自由裁量权是不够的，必须以行政合理性原则限制。一般认为，行政合理性原则要求：行政行为必须符合法律的目的；行政行为必须有合理的动机；行政行为应考虑相关的因素，而不考虑无关的因素。行政合法性是行政合理性的前提，行政合理性是行政合法性的必要补充，不能把两者对立起来，割裂开来，两者是有机结合在一起的。

3、行政应急性原则。行政应急性原则是指在某些特殊紧急情况下，出于国家安全、社会秩序或者公共利益的需要，行政机关可以在限制条件下采取没有法律依据的或者与法律相抵触的措施。就是说，在正常的宪政、法律体制难以运转的情况下，行政机关采取必要的应急措施，即使该措施没有法律依据或者与法律相抵触，也应视为有效。所谓限制条件是指（1）存在明确无误的紧急危险；（2）事后应由有权机关予以确认；（3）应受有权机关的监督；（4）应急权力的行使应该适当，应将负面损害控制在最小的程度和范围内。行政应急性原则是行政合法性原则、合理性原则的非常原则，它并没有脱离行政法治原则，而是其特殊的重要内容。

第二节　行政法的渊源和行政法律关系

一、行政法的渊源及其分类

行政法的渊源是按照制定行政法的国家机关不同，由此而决定其法律地位或者效力不同的各种行政法的表现形式。在中国，行政法的渊源包含在中国社会主义法律体系的各种法律渊源中，即在中国具体法律形式的宪法、法律、行政法规和行政规章、地方性法规、自治条例、单行条例以及法律解释与国际条例中都包含有行政法规范。此外，最高法院、最高检察院的有关规定或者批复、中国参加的国际条约或者协定及习惯法、法理也是中国行政法的渊源。

从不同角度或者按不同标准可以把行政法规范分成不同的类别，这样，一方面，便于研究者从不同的角度对行政法规范进行研究；另一方面，也便于行政法规范的实施。一般说来，对行政法作如下分类：

1、行政实体法和行政程序法。从行政法的内容性质来区分，即规定行政法律关系主体的实体权利义务的是行政实体法；规定为保证行政法律关系主体的实体权利义务得以实现而设定的权利义务的法律是行政程序法，其中又分为一般行政程序法和行政诉讼法。

2、内部行政法和外部行政法。按调整的行政关系的范围来区分，分为内部行政法，即调整国家行政机关之间、国家行政机关与公务员之间行政关系的法律规范；外部行政法，即调整国家行政机关与社会组织、公民间的行政关系的法律规范。这两类行政法所遵循的原则、实现的方式及调整方法都有不同。

3、行政组织法、行政行为法、行政争讼法和行政监督法。这是从行政机关的组织和活动的内容不同来区分的。

4、经济行政法、政治行政法和文化行政法。这是从行政管理的角度不同来区分的。其中，政治行政法又可再分为公安行政法、国家安全行政法、民政行政法、司法行政法、外交行政法、军事行政法等。

此外，还有其他一些分法，诸如分为中央行政法和地方行政法，平时行政法和战时行政法，积极行政法和消极行政法等。

二、行政法律关系的特征

行政法律关系是指由行政法律规范调整行政关系而形成的一种权利义务关系。具体说来，行政法律关系是受行政法调整的国家行政机关在行使行政职能过程中与作为行政管理相对人的公民、法人或者其他组织之间的权利义务关系。行政法律关系有以下特征：

1、行政法律关系的主体中必须有一个是国家行政机关。

2、行政法律关系主体在行政管理活动过程中的地位是不平等的。一方面，行政法律关系的产生不是以行政法律关系主体双方的合意或者符合主体双方的意志为必要条件。另一方面，行政机关是以国家名义行使职权，参加法律关系的，当行政相对人不履行行政法规定的义务时，行政机关可以强制其履行；而当行政机关不履行职责时，相对人只能请求其履行或者通过国家机关申请履行或者按行政诉讼法规定的程序向法院提起诉讼。

3、行政法律关系主体的权利义务都是由行政法律规范预先规定的，行政法律关系的主体没有自由选择的余地。如税收机关与纳税人必须按照税法规定去征税和缴税等。

4、行政法律关系是国家行政机关行使管理职能活动过程中产生的，或者是与国家行政机关行使管理职能有关。

5、在行政法律关系中所发生的纠纷和争议，多数国家规定由行政机关依照行政程序解决。一般情况下，法律规定，如果发生行政纠纷或者争议，相对人可以先向行政机关申诉要求复议，如果对复议决定不服，再向法院起诉。也可以直接向法院起诉。

第三节　国家行政机关

一、国家行政机关的概念和属性

国家行政机关是指依照法律规定，运用国家权力，为实现国家目标和任务，组织和管理国家行政事务的机关，又称国家管理机关或者政府。它是国家权力机关的执行机关，是行政法律关系的主体之一。

国家行政机关具有下列属性：1、具有执行性和从属法律性。它是贯彻执行国家权力机关已经决定的事项，同时这种执行又是必须执行法律和决议。2、具有合法性和相对独立性。它依法建立，并依法律的授权活动，依法行使职权；它一经成立，就成为独立的机关，独立行使职权，不受非法干涉。3、具有统一性和层级性。它以统一的行政目的为目标，实行统一管理，保证政令统一；它又存在若干层级，逐级授权，层次清楚，分工明确。4、具有适应性和创造性。它必须适应形势的发展，随机应变；同时在行使职权时，又是主动、积极、富有创造性的。5、具有专业性和服务性。社会管理的复杂性决定它具有技术的、专业的特点；它作为社会上层建筑的一个实体，必须服务于经济基础。从上述国家行政机关的属性来看，它不同于国家权力机关，而是同级国家权力机关的执行机关，它必须贯彻权力机关的法律和决定，接受权力机关的监督。其次，它也不同于审判机关、检察机关和军事机关，因为审判机关、检察机关和军事机关依照宪法和法律规定，都有自己独立的职权，与行政机关是不能混同的。再次，它更不同于企事业单位和社会团体，因为后两者不属于国家机构体系，不行使国家权力，不具有国家活动性质的职能。

二、国家行政机关的权利与义务

中国国家行政机关的法律地位是由中国宪法和有关法律规定的。国家行政机关作为行政法律关系的主体可以以多种身份或者资格参加行政法律关系。国家行政机关，在行政法上一般具有以下行政权力：1、行政立法权，2、行政决定权，即依法对行政管理中的具体事件的决定权及对法律、行政法律规范未明确规定的抽象事件的规定权，后者可看作行政立法权的补充。3、行政命令权，即发布命令，依法要求特定人或者不特定人为一定行为或者不为一定行为，相对人必须依法服从命令。4、行政执法权，即国家行政机关及其公务员根据法律规定或者上级的决定、命令具体执行法律的行为的权力，是国家行政机关及其公务员具体适用法律、法规的行为的权力。5、行政强制权，即在行政管理中，遇法定义务人不依法履行义务或者其他场合，行政机关可依法采取强制措施，促使其履行法定义务，维持法律秩序的权利，它是行政执法权的补充。6、行政处罚权，即主管行政机关对其管辖范围内的当事人违反有关法律规范的行为，依法对其实施行政处罚的权力。7、行政监督权，即行政机关对其行政执法活动的检查和监督的权力。

国家行政机关一般要履行以下义务：1、执行法律，依法办事的义务。2、保护公民和组织的合法权益，积极高效地为人民服务的义务。3、承担法律责任，依法接受监督，纠正不当、违法行为和依法应诉、赔偿、补偿的义务。

三、国家行政机关的结构、分类及其设置

国家行政机关的结构，又称政府组织结构，是指构成国家行政机关基本要素的组合方式，包括行政机关内部纵向的层级构成形式和横向的分支单位构成形式。国家行政机关的结构分为宏观体系结构和微观内部结构两个部分。

中国行政机关的宏观结构体系是以层级制结构为基础并与职能制结构相结合的。从纵向上来看：最高层级是国务院，第二层级是各省、自治区、直辖市的人民政府，第三层级是市（设区的市）、自治州的人民政府，第四层级是县级市、县、自治县的人民政府，第五层级是乡、民族乡、镇的人民政府。在上述各级人民政府中，国务院领导地方各级人民政府，上级人民政府领导下级人民政府。从横向上来看：从国务院到地方各级人民政府，每一层级都设立了若干职能部门即工作部门，它们都受同级人民政府的领导，它们之间是分工、合作、平等、协调的关系。

中国行政机关的微观内部结构，是指每一层级的行政机关的组成部分的结构。中国最高行政机关国务院，其内部结构为：国务院由总理、副总理、国务委员、各部部长、各委员会

主任、审计长、秘书长组成。国务院设立办公厅及若干工作部门、直属机构、办事机构、事业单位等。国务院所设工作部门即职能部门，在国务院总理的领导下负责管理某一方面的国家行政事务，它又分为部、委员会、银行、署等；国务院的直属机构是国务院直接领导下主办某项专门业务的机构，其行政地位低于部、委；国务院的办事机构是协助总理和协调各部门工作的机构。中国地方各级行政机关内部结构，除行政首长外，也是由若干工作部门构成，这些部门又分为综合管理和专业管理部门两种，所不同的是各级行政机构的工作部门设置上的数量不相同。

国家行政机关按不同标准，可有不同的分类：（1）按国家行政机关管辖区域不同，分为中央国家行政机关和地方国家行政机关。（2）按国家行政机关的工作权限，分为一般权限机关和部门权限机关。（3）按国家行政机关管理客体的复杂程度，分为综合管理机关和专业主管机关。（4）按国家行政机关的职能和作用，分为决策机关、执行机关、监督机关、咨询机关和辅助机关。（5）按国家行政机关的决定和处理问题方式，分为合议制机关和首长制机关。（6）按国家行政机关存在时间的久暂，分为常设机关和非常设机关。

国家行政机构的设置是关系政府性质和职能，涉及行政目标和任务的一件大事，必须执行国家行政机关组织法。国家行政机关组织法是关于行政机关设置、任务、地位、职责、组成和编制等各项组织事项的法律规范的总称。1982 年 12 月 10 日 5 届全国人民代表大会 5 次会议通过了《国务院组织法》和 1979 年 7 月 1 日 5 届全国人民代表大会 2 次会议通过并且经过 1982 年、1986 年和 1995 年 3 次修改的《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》是这方面的重要法律。中国行政机构的设置遵循民主管理原则、适应需要原则、完整统一原则、精简效能原则和依法设置原则。

国家行政机关的机构设置根据其性质、工作任务、职责范围而确定的人员定额和职位分配，即行政编制，必须执行行政机关编制法的规定。行政机关编制法是关于国家行政机关组织结构、人员定额及职位分配的法律规范的总称。它是规定行政机关编制确定的原则、行政机关编制来源、决定权限、申报审批程序、行政机关人员数额、各类人员结构比例、行政经费来源与控制、行政编制机构组织形式、权限、行政编制工作人员职责等行政编制制度方面的法律规范。行政机关编制法是行政机关组织法的延续，是国家公务员法制定的条件。

第四节　国家公务员

一、国家公务员的概念、分类

国家公务员是指代表国家或者政府，从事社会公共事务管理，提供公共服务的人员。根据 2005 年《公务员法》规定，在中国，公务员是指依法履行公职、纳入国家行政编制、由国家财政负担工资福利的工作人员。《公务员法》是中国目前规范公务员制度的一项重要法规，共有 18 章 107 条。

国家实行公务员职位分类制度。公务员职位类别按照公务员职位的性质、特点和管理需要，划分为综合管理类、专业技术类和行政执法类等类别。国务院根据本法，对于具有职位特殊性，需要单独管理的，可以增设其他职位类别。各职位类别的适用范围由国家另行规定（第 14 条）。

国家根据公务员职位类别设置公务员职务序列（第 15 条）。

公务员职务分为领导职务和非领导职务。领导职务层次分为：国家级正职、国家级副职、省部级正职、省部级副职、厅局级正职、厅局级副职、县处级正职、县处级副职、乡科级正职、乡科级副职。非领导职务层次在厅局级以下设置（第 16 条）。

综合管理类的领导职务根据宪法、有关法律、职务层次和机构规格设置确定。综合管理类的非领导职务分为：巡视员、副巡视员、调研员、副调研员、主任科员、副主任科员、科员、办事员。综合管理类以外其他职位类别公务员的职务序列，根据本法由国家另行规定（第 17 条）。

二、国家公务员的法律地位和权利义务

公务员应当具备下列条件：1、具有中华人民共和国国籍；2、年满 18 周岁；3、拥护中华人民共和国宪法；4、具有良好的品行；5、具有正常履行职责的身体条件；6、具有符合职位要求的文化程度和工作能力；7、法律规定的其他条件（第 11 条）。

国家公务员处于特殊的法律关系之中，其法律地位有一定的特殊性，因此，他们的权利义务也有其特征。他们是普通的公民，享有宪法和法律规定的一般公民的各项权利，履行一般公民应尽的各项义务。但他们又是行使国家行政权力、执行国家公务的非一般公民，这也

就决定了他们权利义务的特征。具体讲，他们不仅有着与担负职务有关的职权，而且还受到国家有关法律和公务员职业道德的约束。

《公务员法》第 2 章规定了国家公务员的义务和权利。其中，国家公务员必须履行下列义务：1、模范遵守宪法和法律；2、按照规定的权限和程序认真履行职责，努力提高工作效率；3、全心全意为人民服务，接受人民监督；4、维护国家的安全、荣誉和利益；5、忠于职守，勤勉尽责，服从和执行上级依法作出的决定和命令；6、保守国家秘密和工作秘密；7、遵守纪律，恪守职业道德，模范遵守社会公德；8、清正廉洁，公道正派；9、法律规定的其他义务（第 12 条）。

《公务员法》规定公务员享有下列权利：1、获得履行职责应当具有的工作条件；2、非因法定事由、非经法定程序，不被免职、降职、辞退或者处分；3、获得工资报酬，享受福利、保险待遇；4、参加培训；5、对机关工作和领导人员提出批评和建议；6、提出申诉和控告；7、申请辞职；8、法律规定的其他权利（第 13 条）。

三、国家公务员的考试录用和培训

《公务员法》第 21 条规定，录用担任主任科员以下及其他相当职务层次的非领导职务公务员，采取公开考试、严格考察、平等竞争、择优录取的办法。录用公务员，必须在规定的编制限额内，并有相应的职位空缺（第 25 条）。

录用公务员，应当发布招考公告。招考公告应当载明招考的职位、名额、报考资格条件、报考需要提交的申请材料以及其他报考须知事项。招录机关应当采取措施，便利公民报考（第 26 条）。

招录机关根据报考资格条件对报考申请进行审查。报考者提交的申请材料应当真实、准确（第 27 条）。

公务员录用考试采取笔试和面试的方式进行，考试内容根据公务员应当具备的基本能力和不同职位类别分别设置（第 28 条）。

招录机关根据考试成绩确定考察人选，并对其进行报考资格复审、考察和体检。体检的项目和标准根据职位要求确定。具体办法由中央公务员主管部门会同国务院卫生行政部门规定（第 29 条）。

招录机关根据考试成绩、考察情况和体检结果，提出拟录用人员名单，并予以公示。公示期满，中央一级招录机关将拟录用人员名单报中央公务员主管部门备案；地方各级招录机关将拟录用人员名单报省级或者设区的市级公务员主管部门审批（第 30 条）。

录用特殊职位的公务员，经省级以上公务员主管部门批准，可以简化程序或者采用其他测评办法（第 31 条）。

新录用的公务员试用期为 1 年。试用期满合格的，予以任职；不合格的，取消录用（第 32 条）。

机关根据公务员工作职责的要求和提高公务员素质的需要，对公务员进行分级分类培训。国家建立专门的公务员培训机构。机关根据需要也可以委托其他培训机构承担公务员培训任务（第 60 条）。

机关对新录用人员应当在试用期内进行初任培训；对晋升领导职务的公务员应当在任职前或者任职后一年内进行任职培训；对从事专项工作的公务员应当进行专门业务培训；对全体公务员应当进行更新知识、提高工作能力的在职培训，其中对担任专业技术职务的公务员，应当按照专业技术人员继续教育的要求，进行专业技术培训。国家有计划地加强对后备领导人员的培训（第 61 条）。

公务员的培训实行登记管理。公务员参加培训的时间由公务员主管部门按照第 61 条规定的培训要求予以确定。公务员培训情况、学习成绩作为公务员考核的内容和任职、晋升的依据之一（第 62 条）。

四、国家公务员的考核、奖惩、职务升降、任免、辞职辞退、交流和回避

（一）国家公务员的考核

对公务员的考核，按照管理权限，全面考核公务员的德、能、勤、绩、廉，重点考核工作实绩（第 33 条）。

公务员的考核分为平时考核和定期考核。定期考核以平时考核为基础（第 34 条）。

对非领导成员公务员的定期考核采取年度考核的方式，先由个人按照职位职责和有关要求进行总结，主管领导在听取群众意见后，提出考核等次建议，由本机关负责人或者授权的考核委员会确定考核等次。对领导成员的定期考核，由主管机关按照有关规定办理（第 35 条）。

定期考核的结果分为优秀、称职、基本称职和不称职四个等次。定期考核的结果应当以书面形式通知公务员本人（第 36 条）。

定期考核的结果作为调整公务员职务、级别、工资以及公务员奖励、培训、辞退的依据（第 37 条）。

（二）国家公务员的奖惩

对工作表现突出，有显著成绩和贡献，或者有其他突出事迹的公务员或者公务员集体，给予奖励。奖励坚持精神奖励与物质奖励相结合、以精神奖励为主的原则。公务员集体的奖励适用于按照编制序列设置的机构或者为完成专项任务组成的工作集体（第 48 条）。

公务员或者公务员集体有下列情形之一的，给予奖励：1、忠于职守，积极工作，成绩显著的；2、遵守纪律，廉洁奉公，作风正派，办事公道，模范作用突出的；3、在工作中有发明创造或者提出合理化建议，取得显著经济效益或者社会效益的；4、为增进民族团结、维护社会稳定做出突出贡献的；5、爱护公共财产，节约国家资财有突出成绩的；6、防止或者消除事故有功，使国家和人民群众利益免受或者减少损失的；7、在抢险、救灾等特定环境中奋不顾身，做出贡献的；8、同违法违纪行为作斗争有功绩的；9、在对外交往中为国家争得荣誉和利益的；10、有其他突出功绩的（第 49 条）。

奖励分为：嘉奖、记三等功、记二等功、记一等功、授予荣誉称号。对受奖励的公务员或者公务员集体予以表彰，并给予一次性奖金或者其他待遇（第 50 条）。

给予公务员或者公务员集体奖励，按照规定的权限和程序决定或者审批（第 51 条）。

公务员或者公务员集体有下列情形之一的，撤销奖励：1、弄虚作假，骗取奖励的；2、申报奖励时隐瞒严重错误或者严重违反规定程序的；3、有法律、法规规定应当撤销奖励的其他情形的（第 52 条）。

公务员必须遵守纪律，不得有下列行为：1、散布有损国家声誉的言论，组织或者参加旨在反对国家的集会、游行、示威等活动；2、组织或者参加非法组织，组织或者参加罢工；3、玩忽职守，贻误工作；4、拒绝执行上级依法作出的决定和命令；5、压制批评，打击报复；6、弄虚作假，误导、欺骗领导和公众；7、贪污、行贿、受贿，利用职务之便为自己或者他人谋取私利；8、违反财经纪律，浪费国家资财；9、滥用职权，侵害公民、法人或者其他组织的合法权益；10、泄露国家秘密或者工作秘密；11、在对外交往中损害国家荣誉和利益；12、参与或者支持色情、吸毒、赌博、迷信等活动；13、违反职业道德、社会公德；14、从事或者参与营利性活动，在企业或者其他营利性组织中兼任职务；15、旷工或者因公外出、请假期满无正当理由逾期不归；16、违反纪律的其他行为（第 53 条）。

公务员执行公务时，认为上级的决定或者命令有错误的，可以向上级提出改正或者撤销该决定或者命令的意见；上级不改变该决定或者命令，或者要求立即执行的，公务员应当执行该决定或者命令，执行的后果由上级负责，公务员不承担责任；但是，公务员执行明显违法的决定或者命令的，应当依法承担相应的责任（第 54 条）。

公务员因违法违纪应当承担纪律责任的，依照本法给予处分；违纪行为情节轻微，经批评教育后改正的，可以免予处分（第 55 条）。处分分为：警告、记过、记大过、降级、撤职、开除（第 56 条）。

对公务员的处分，应当事实清楚、证据确凿、定性准确、处理恰当、程序合法、手续完备。公务员违纪的，应当由处分决定机关决定对公务员违纪的情况进行调查，并将调查认定的事实及拟给予处分的依据告知公务员本人。公务员有权进行陈述和申辩。处分决定机关认为对公务员应当给予处分的，应当在规定的期限内，按照管理权限和规定的程序作出处分决定。处分决定应当以书面形式通知公务员本人（第 57 条）。

公务员在受处分期间不得晋升职务和级别，其中受记过、记大过、降级、撤职处分的，不得晋升工资档次。受处分的期间为：警告，6 个月；记过，12 个月；记大过，18 个月；降级、撤职，24 个月。受撤职处分的，按照规定降低级别（第 58 条）。

公务员受开除以外的处分，在受处分期间有悔改表现，并且没有再发生违纪行为的，处分期满后，由处分决定机关解除处分并以书面形式通知本人。解除处分后，晋升工资档次、级别和职务不再受原处分的影响。但是，解除降级、撤职处分的，不视为恢复原级别、原职务（第 59 条）。

（三）国家公务员的职务任免、升降、辞职辞退

公务员职务实行选任制和委任制。领导成员职务按照国家规定实行任期制（第 38 条）。选任制公务员在选举结果生效时即任当选职务；任期届满不再连任，或者任期内辞职、被罢免、被撤职的，其所任职务即终止（第 39 条）。委任制公务员遇有试用期满考核合格、职务发生变化、不再担任公务员职务以及其他情形需要任免职务的，应当按照管理权限和规定的程序任免其职务（第 40 条）。公务员任职必须在规定的编制限额和职数内进行，并有相应的职位空缺（第 41 条）。公务员因工作需要在机关外兼职，应当经有关机关批准，并不得领取兼职报酬（第 42 条）。

公务员晋升职务，应当具备拟任职务所要求的思想政治素质、工作能力、文化程度和任职经历等方面的条件和资格。公务员晋升职务，应当逐级晋升。特别优秀的或者工作特殊需要的，可以按照规定破格或者越一级晋升职务（第 43 条）。公务员晋升领导职务，按照下

列程序办理：1、民主推荐，确定考察对象；2、组织考察，研究提出任职建议方案，并根据需要在一定范围内进行酝酿；3、按照管理权限讨论决定；4、按照规定履行任职手续。公务员晋升非领导职务，参照前款规定的程序办理（第 44 条）。机关内设机构厅局级正职以下领导职务出现空缺时，可以在本机关或者本系统内通过竞争上岗的方式，产生任职人选。厅局级正职以下领导职务或者副调研员以上及其他相当职务层次的非领导职务出现空缺，可以面向社会公开选拔，产生任职人选。确定初任法官、初任检察官的任职人选，可以面向社会，从通过国家统一司法考试取得资格的人员中公开选拔（第 45 条）。公务员晋升领导职务的，应当按照有关规定实行任职前公示制度和任职试用期制度（第 46 条）。公务员在定期考核中被确定为不称职的，按照规定程序降低一个职务层次任职（第 47 条）。

公务员辞去公职，应当向任免机关提出书面申请。任免机关应当自接到申请之日起 30 日内予以审批，其中对领导成员辞去公职的申请，应当自接到申请之日起 90 日内予以审批（第 80 条）。

公务员有下列情形之一的，不得辞去公职：1、未满国家规定的最低服务年限的；2、在涉及国家秘密等特殊职位任职或者离开上述职位不满国家规定的脱密期限的；3、重要公务尚未处理完毕，且须由本人继续处理的；4、正在接受审计、纪律审查，或者涉嫌犯罪，司法程序尚未终结的；5、法律、行政法规规定的其他不得辞去公职的情形（第 81 条）。

担任领导职务的公务员，因工作变动依照法律规定需要辞去现任职务的，应当履行辞职手续。担任领导职务的公务员，因个人或者其他原因，可以自愿提出辞去领导职务。领导成员因工作严重失误、失职造成重大损失或者恶劣社会影响的，或者对重大事故负有领导责任的，应当引咎辞去领导职务。领导成员应当引咎辞职或者因其他原因不再适合担任现任领导职务，本人不提出辞职的，应当责令其辞去领导职务（第 82 条）。

公务员有下列情形之一的，予以辞退：1、在年度考核中，连续两年被确定为不称职的；2、不胜任现职工作，又不接受其他安排的；3、因所在机关调整、撤销、合并或者缩减编制员额需要调整工作，本人拒绝合理安排的；4、不履行公务员义务，不遵守公务员纪律，经教育仍无转变，不适合继续在机关工作，又不宜给予开除处分的；5、旷工或者因公外出、请假期满无正当理由逾期不归连续超过 15 天，或者一年内累计超过 30 天的（第 83 条）。

对有下列情形之一的公务员，不得辞退：1、因公致残，被确认丧失或者部分丧失工作能力的；2、患病或者负伤，在规定的医疗期内的；3、女性公务员在孕期、产假、哺乳期内的；4、法律、行政法规规定的其他不得辞退的情形（第 84 条）。

辞退公务员，按照管理权限决定。辞退决定应当以书面形式通知被辞退的公务员。被辞退的公务员，可以领取辞退费或者根据国家有关规定享受失业保险（第 85 条）。

公务员辞职或者被辞退，离职前应当办理公务交接手续，必要时按照规定接受审计（第 86 条）。

（四）国家公务员的交流、回避

国家实行公务员交流制度。公务员可以在公务员队伍内部交流，也可以与国有企业事业单位、人民团体和群众团体中从事公务的人员交流。交流的方式包括调任、转任和挂职锻炼（第 63 条）。

国有企业事业单位、人民团体和群众团体中从事公务的人员可以调入机关担任领导职务或者副调研员以上及其他相当职务层次的非领导职务。调任人选应当具备本法第 11 条规定的条件和拟任职位所要求的资格条件，并不得有本法第 24 条规定的情形。调任机关应当根据上述规定，对调任人选进行严格考察，并按照管理权限审批，必要时可以对调任人选进行考试（第 64 条）。

公务员在不同职位之间转任应当具备拟任职位所要求的资格条件，在规定的编制限额和职数内进行。对省部级正职以下的领导成员应当有计划、有重点地实行跨地区、跨部门转任。对担任机关内设机构领导职务和工作性质特殊的非领导职务的公务员，应当有计划地在本机关内转任（第 65 条）。

根据培养锻炼公务员的需要，可以选派公务员到下级机关或者上级机关、其他地区机关以及国有企业事业单位挂职锻炼。公务员在挂职锻炼期间，不改变与原机关的人事关系（第 66 条）。

公务员应当服从机关的交流决定。公务员本人申请交流的，按照管理权限审批（第 67 条）。

公务员之间有夫妻关系、直系血亲关系、三代以内旁系血亲关系以及近姻亲关系的，不得在同一机关担任双方直接隶属于同一领导人员的职务或者有直接上下级领导关系的职务，也不得在其中一方担任领导职务的机关从事组织、人事、纪检、监察、审计和财务工作。因地域或者工作性质特殊，需要变通执行任职回避的，由省级以上公务员主管部门规定（第 68 条）。

公务员担任乡级机关、县级机关及其有关部门主要领导职务的，应当实行地域回避，法律另有规定的除外（第 69 条）。

公务员执行公务时，有下列情形之一的，应当回避：1、涉及本人利害关系的；2、涉及与本人有本法第 68 条第 1 款所列亲属关系人员的利害关系的；3、其他可能影响公正执行公务的（第 70 条）。

公务员有应当回避情形的，本人应当申请回避；利害关系人有权申请公务员回避。其他人员可以向机关提供公务员需要回避的情况。机关根据公务员本人或者利害关系人的申请，经审查后作出是否回避的决定，也可以不经申请直接作出回避决定（第 71 条）。法律对公务员回避另有规定的，从其规定（第 72 条）。

（五）国家公务员的工资福利保险

公务员实行国家统一的职务与级别相结合的工资制度。公务员工资制度贯彻按劳分配的原则，体现工作职责、工作能力、工作实绩、资历等因素，保持不同职务、级别之间的合理工资差距。国家建立公务员工资的正常增长机制（第 73 条）。

公务员工资包括基本工资、津贴、补贴和奖金。公务员按照国家规定享受地区附加津贴、艰苦边远地区津贴、岗位津贴等津贴。公务员按照国家规定享受住房、医疗等补贴、补助。公务员在定期考核中被确定为优秀、称职的，按照国家规定享受年终奖金。公务员工资应当按时足额发放（第 74 条）。

公务员的工资水平应当与国民经济发展相协调、与社会进步相适应。国家实行工资调查制度，定期进行公务员和企业相当人员工资水平的调查比较，并将工资调查比较结果作为调整公务员工资水平的依据（第 75 条）。

公务员按照国家规定享受福利待遇。国家根据经济社会发展水平提高公务员的福利待遇。公务员实行国家规定的工时制度，按照国家规定享受休假。公务员在法定工作日之外加班的，应当给予相应的补休（第 76 条）。

国家建立公务员保险制度，保障公务员在退休、患病、工伤、生育、失业等情况下获得帮助和补偿。公务员因公致残的，享受国家规定的伤残待遇。公务员因公牺牲、因公死亡或者病故的，其亲属享受国家规定的抚恤和优待（第 77 条）。

任何机关不得违反国家规定自行更改公务员工资、福利、保险政策，擅自提高或者降低公务员的工资、福利、保险待遇。任何机关不得扣减或者拖欠公务员的工资（第 78 条）。

公务员工资、福利、保险、退休金以及录用、培训、奖励、辞退等所需经费，应当列入财政预算，予以保障（第 79 条）。

第五节　行政行为

一、行政行为的概念和分类

行政行为是指国家行政机关在其职权范围内依法对行政管理相对人实施的具有法律效力的行为。行政机关的活动领域是非常广泛的，这里所指行政行为不包括行政组织系统内部的基于行政隶属关系、按行政组织原则处理内部事务的行为，即内部行为；不包括行政机关以民事主体身份和当事人处于平等地位进行的活动，即民事行为；也不包括行政机关与权力机关之间以及以政府名义与其他国家机关之间的行为，即政治行为。行政行为必须是国家行政机关对其外部行使公共权力并产生法律效果的行为。

行政行为按不同标准或者从不同角度可有不同的分类，主要可分为：

1、抽象行为和具体行为。行政机关依法制定规范性法律文件的行为，又称为行政立法，其结果是普遍适用的、抽象的行为规范，故称抽象行为。行政机关依法对具体事项或者特定个人采取措施的行为称为具体行为。

2、羁束行为和自由裁量行为。行政机关必须严格依照法律规定的范围、方式、程序、手段等实施的行为称为羁束行为。行政机关按照法律规定的对行为的范围、方式等留有一定幅度和余地，可以斟酌、选择而搀杂自己意志在内的行为称为自由裁量行为。

3、要式行为和非要式行为。必须依照法定方式进行或者必须具有一定的法定形式才能产生法律效力和后果的行为称为要式行为。不要求某种必须的方式，只需口头表示就可以生效的行为称为非要式行为。

4、单方行为、双方行为和多方行为。行政机关单方意思表示而无须取得行政相对人同意即可成立的行政行为称为单方行为。行政机关与行政相对人协商一致达成协议才能成立的行为，又称行政合同行为，是双方行为。行政行为的形成有多方意思表示而共同形成合意的行为称为多方行为。

5、依职权的行为和应申请的行为。行政机关依据法律赋予的职权，无须行政相对人的请求而主动为之的行为，是依职权的行为，又称主动行政行为。行政机关根据行政相对人的申请而实施的行为，是应申请的行为，又称被动或者受动行政行为。

二、行政行为的内容和效力

（一）行政行为的内容

行政行为的内容主要指行政行为作用于行政相对人所产生的影响或者效果。行政行为的内容主要有以下几个方面：1、设定权利和设定义务。2、撤销权利和免除义务。3、赋予能力和剥夺能力。4、变更法律地位。5、确认行政相对人的法律地位或者行为的合法。6、赋予特定物以法律性质。

行政行为的效力是指行政行为具备成立的要件后所具有的拘束力、确定力和执行力。行政行为的成立是行政行为有效的前提。行政行为的成立必须具备的一定条件，是为有效要件。各种行政行为有效成立的共同要件主要有：1、行为的主体合法，即行政机关的产生和存在都有合法根据，具备行政主体资格。2、行为必须在行政机关的权限内，越权无效是行政法的基本原则。3、行为的内容合法。即行为的内容要有可能、明确、符合公共利益和法律规定。4、行为符合法定程序。5、行为符合法定形式。

（二）行政行为的效力

行政机关的行政行为只有具备了以上条件，才有效力。行政行为的效力有：

1、确定力，即行政行为有效成立后，非依法律规定不得随意变更或者撤销，即不可变更力。

2、拘束力，即行政行为的内容对相关人员的约束效力，包括对行政机关自身的拘束力和对行政相对人的约束力。

3、执行力，即行政行为成立后，行政机关依法采取一定手段，使行政行为的内容得以完全实现的效力，又称为实现力。

（三）行政行为的撤销、变更和废止

行政行为因行政越权、行政侵权、滥用权力或者不合法定程序而予以撤销，予以撤销的行为则视为该行政行为自始至终不存在，即行政行为的撤销有溯及力。

已发生效力的行政行为，如果发现其不当或者根据实际情况的变化，改变其行为的内容或者使行政行为部分地失去效力并作出新的规定，称为行政行为的变更。

行政行为由于不适应新的情况并非违法或者不当，由行政机关宣布废止。但废止前的行为依然有效，即行政行为的废止无溯及力。行政行为或者因制定新法规而使具体行为失去效力；或者因所针对的对象不复存在而消灭；或者因行政相对人被设定的义务充分履行完毕而消灭。

三、行政行为的种类

（一）行政立法行为

行政立法行为是指行政机关依照宪法和法律规定的权限和程序，就行政管理方面事项制定规范性文件即行政管理法规的活动。

中国《宪法》第 89 条第 1 款规定，国务院有权根据宪法和法律，制定行政法规，发布决定和命令。它主要有以下三种形式：1、职权立法。即行政机关依照宪法和有关组织法规定的职权立法。依据职权立法可以制定自主性的行政法律规范。2、授权立法。即根据宪法、组织法以外的法律的授权进行立法。依据授权立法可以制定执行性的行政法律规范，它只能行使一次，不得反复运用。3、特别授权立法。即最高国家权力机关将本应由自己制定某一方面法律的立法权，特别授予最高国家行政机关（国务院）行使所进行的立法。

（二）行政许可行为

行政许可是指行政机关根据行政相对人的申请依法赋予其从事某种法律所禁止的事项的权利或者资格的行为。行政许可必须是以法律禁止为其存在的前提条件；必须是依行政相对人申请为的行政行为，行政机关不能主动为之；必须是赋予某种权利或者资格的行政行为。行政许可的结果是许可证。许可证可分为独立的许可证和附条件的许可证，永久的许可证和附期限的许可证，无条件放弃的许可证和有条件放弃的许可证。许可证经国家行政机关颁发后即获得法律效力，这种效力体现为证明力、确定力和约束力。许可证颁发后，因某种情况出现，从而影响许可证的效力，引起许可证的无效、失效、中止和撤销。

（三）行政处罚行为和《行政处罚法》

1、行政处罚行为

行政处罚是指国家行政机关对违反行政法律规范的行政相对人所给予的一种惩戒或者制裁。行政处罚行为是行政机关的行为，是对违反行政法律规范的行政相对人施加的一种行为，是一种严厉的行政行为。

行政处罚行为与行政处分不同。行政处分是由行政机关内部管理机关或者由与被处分人有组织隶属关系的机关作出，而行政处罚是由具有国家管理职能的行政机关作出；行政处分针对的行为是行政工作人员违法失职行为，而行政处罚针对的行为是行政相对人违反行政法律规范的行为；行政处分依据的是公务员法，行政处罚依据的是行政管理法律、法规；行政处分的形式是与职务上的权利有关的记过、警告、降职等，行政处罚的形式是与人身自由、财产等基本权利有关的罚款、拘留等。

行政处罚根据科以行政相对人义务的标准可划分为三类：第一类是限制或者剥夺权利的行政处罚。它包括限制人身自由的处罚、剥夺财产权的处罚和限制或者剥夺行为权的处罚。第二类是科以义务的行政处罚。它包括科以金钱给付义务的处罚和科以作出行为的处罚。第三类是对行政相对人的声誉发生影响的行政处罚，称为申诫罚。

行政处罚的形式，又称罚则，一般是由各个具体的法律、法规作出规定。它主要有：警告、罚款、拘留、没收、停止营业、劳动教养。

2、《行政处罚法》

《行政处罚法》是中国规范行政机关对违反行政法律规范的行政相对人实施惩戒或者制裁活动的一项重要法律。1996 年 3 月 17 日第 8 届全国人民代表大会第 4 次会议通过，1996 年 10 月 1 日起施行，共有 8 章 64 条。《行政处罚法》主要针对以前关于行政处罚的一些原则没有统一的法律规定，表现在实践上处罚的随意性，特别是有些地方和部门随意罚款，或者一事数罚或者几个部门罚，造成乱处罚、乱罚款等现象；为了解决行政处罚的设定权不明确、执法主体混乱、处罚程序缺乏统一明确的规定及其对于行政处罚的制约和监督问题而制定的。

（1）关于行政处罚实施的主体

行政处罚实行法定原则，规定公民、法人或者其他组织违反行政管理秩序的行为，应当给予行政处罚的，依照本法由法律、法规或者规章规定，并由行政机关依照本法规定的程序实施。没有法定依据或者不遵守法定程序的，行政处罚无效。

行政处罚的主体按本法规定，是具有行政处罚权的行政机关。国务院或者经国务院授权的省、自治区、直辖市人民政府可以决定一个行政机关行使有关行政机关的处罚权，但限制人身自由的行政处罚权只能由公安机关行使。法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织可以在法定授权范围内实施行政处罚。行政机关依照法律、法规或者规章的规定，可以在其法定权限内委托必须符合以下条件的组织实施行政处罚：1、依法成立的管理公共事务的事业组织；2、具有熟悉有关法律、法规、规章和业务的工作人员；3、对违法行为需要进行技术检查或者技术鉴定的，应当有条件组织进行相应的技术检查或者技术鉴定。行政机关不得委托其他组织或者个人实施行政处罚。委托行政机关对受委托的组织实施行政处罚的行为应当负责监督，并对该行为的后果承担法律责任。受委托组织在委托范围内，以委托行政机关的名义实施行政处罚。但是不得再委托其他任何组织或者个人实施行政处罚。

（2）关于行政处罚的原则和程序

《行政处罚法》具体规定了行政处罚的原则，即：1、依法原则。应当给予行政处罚的，由法定的行政机关依照法定的程序实施。2、公正、公开原则。行政处罚必须以事实为依据，与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当。对违法行为给予行政处罚的规定必须公布；未经公布的，不得作为行政处罚的依据。3、处罚与教育相结合的原则。实施行政处罚，纠正违法行为，应当坚持处罚与教育相结合，教育公民、法人或者其他组织自觉守法。

为了行政处罚决定的正确、合法，《行政处罚法》第5章第30至32条规定，公民、法人或者其他组织违反行政管理秩序的行为，依法应当给予行政处罚的，行政机关必须查明事实；违法事实不清的，不得给予行政处罚。行政机关在作出行政处罚决定之前，应当告知当事人作出行政处罚的事实、理由及依据，并告知当事人依法享有的权利。当事人有权进行陈述和申辩。行政机关必须充分听取当事人的意见，对当事人提出的事实、理由和证据，应当进行复核；当事人提出的事实、理由或者证据成立的，行政机关应当采纳。行政机关不得因当事人申辩而加重处罚。

《行政处罚法》规定了简易程序、一般程序和听证程序。违法事实确凿并有法定依据，对公民处以50元以下，对法人或者其他组织处以1000元以下罚款或者警告的行政处罚的，可以当场作出处罚决定的称为简易程序；除可以当场作出的行政处罚外，行政机关发现公民、法人或者其他组织有依法应当给予行政处罚的行为的，必须全面、客观、公正地调查，收集有关证据；必要时，依照法律、法规的规定，可进行检查，称为一般程序。行政机关作出责令停产停业、吊销许可证或者执照、较大数额罚款等行政处罚决定之前，应当告知当事人有要求举行听证的权利；当事人要求听证的，行政机关应当组织听证，这是听证程序。当事人不承担行政机关组织听证的费用。

（3）行政处罚的种类和设定

《行政处罚法》规定行政处罚有以下种类：警告，罚款，没收违法所得，没收非法财物，责令停产停业，暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照，行政拘留，法律、行政法规规定的其他行政处罚。

法律可以设定各种行政处罚。但是，限制人身自由的行政处罚，只能由法律设定。行政法规可以设定除限制人身自由以外的行政处罚。法律对违法行为已经作出行政处罚规定，行政法规需要作出具体规定的，必须在法律规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内规定。地方性法规可以设定除限制人身自由、吊销企业营业执照以外的行政处罚。法律、行政法规对违法行为已经作出行政处罚规定，地方性法规需要作出具体规定的，必须在法律、

行政法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内规定。对国务院部、委员会制定的规章，省、自治区、直辖市人民政府和省、自治区所在地的市人民政府及经国务院批准的较大的市人民政府制定的对行政处罚的规定，《行政处罚法》第 12 至 13 条都有明确规定，除上述规定外，其他规范性文件不得设定行政处罚。

（4）法律责任

为了保证行政机关正确行使行政处罚权，保障和监督行政机关有效实施行政管理，维护公共利益和社会秩序，保护公民、法人或者其他组织的合法权益，《行政处罚法》第 55 条规定了行政机关直接负责的主管人员和其他责任人员的法律责任，规定对于没有法定的行政处罚依据的；擅自改变行政处罚种类、幅度的；违反法定的行政处罚程序的；违反法定的关于委托处罚的规定的，给予直接负责的主管人员和其他直接责任人员行政处分。第 56 至 62 条对行政机关不使用法定单据；违反规定自行收缴罚款；财政部门违反规定向行政机关返还罚款或者拍卖款项的；截留、私分或者变相私分罚款、违法所得或者财物；执法人员利用职权索取或者收受他人财物、收缴罚款据为己有；行政机关使用或者损毁扣押的财物，对当事人造成损失的；违法实行检查措施或者执行措施，给公民人身或者财产造成损害、给法人或者其他组织造成损失的；为本单位牟取私利，对应当依法移交司法机关追究刑事责任的不移交，以行政处罚代替刑罚的；徇私舞弊，包庇纵容违法行为的；以及执法人员玩忽职守，对应当予以制止和处罚的违法行为不予制止、处罚，致使公民、法人或者其他组织的合法权益、公共利益和社会秩序遭受损害的都规定了具体的法律责任。

《行政处罚法》对行政处罚的管辖和适用、行政处罚的执行等都作了明确规定。

（四）行政强制执行行为

行政强制执行是指国家行政机关在行政管理活动中对不履行法定义务的行政相对人，采取强制措施迫使其履行义务或者实现所要求状态的行政行为。

行政强制执行的方法主要有：强制划拨、强制退还、强行拆除、强制履行、强行扣留、滞纳金和强行扣缴等。行政强制执行必须具备四个条件：1、执行的内容应有法律明确规定；2、执行机关必须是有执行权的国家行政机关；3、必须有行政相对人来执行具有执行内容的行政处理决定的事实存在；4、行政相对人不是客观上不能履行而是有不履行行政处理决定的故意。

（五）行政裁决行为

行政裁决是指行政机关依法裁决与行政管理活动有关的纠纷的活动。

行政裁决的主持者是行政机关，行政裁决处理的纠纷是与行政管理有关的在平等地位的双方当事人之间产生的纠纷。

行政裁决的范围，根据有关法律和法规规定，主要有以下三个方面：（1）裁决权属纠纷。指双方当事人因对某一所有权归属发生争执，向行政机关提出申请，要求予以裁决确认。如发生于土地、房产、资源等方面的纠纷。（2）裁决侵权纠纷。指一方当事人的合法权益受到他方当事人的侵犯发生纠纷，申请行政机关予以裁决以防止侵权行为，保障当事人的合法权益。如发生的商标权、专利权、著作权等方面的纠纷。（3）裁决损害赔偿纠纷。指一方当事人的权益受到侵害后，向行政机关申请，要求侵害者给予赔偿引起的纠纷，以确认赔偿责任和数额，恢复和赔偿损害的合法权益。如发生的环境保护、医疗卫生、食品卫生等方面的损害赔偿引起的纠纷。

（六）行政复议行为

行政复议是指行政相对人认为行政机关的具体行政行为侵犯其合法权益，依法向行政机关申请要求复查的活动（《行政复议法》第 2 条）。

行政复议行为是行政机关的活动，不是行政诉讼中的司法机关的活动；行政复议行为是应申请的行为，它以行政相对人的复议申请为前提，而不是由于行政机关内部的层级监督发生的主动行为；行政机关只能在其主管事项和职权范围内接受复议，复议申请也只能向作出行政决定的原机关或者其上一级机关提出。中国在 1999 年 4 月 29 日第 9 届全国人民代表大会常务委员会第 9 次会议通过并颁布了《行政复议法》，自 1999 年 10 月 1 日起施行。该法共有 7 章 43 条，规定了总则、行政复议范围、行政复议申请、行政复议受理、行政复议决定、法律责任和附则等方面的内容。

《行政复议法》第 6 条规定了行政复议的范围。有下列情形之一的，公民、法人或者其他组织可以依照本法申请行政复议：1、对行政机关作出的警告、罚款、没收违法所得、没收非法财物、责令停产停业、暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照、行政拘留等行政处罚决定不服的；2、对行政机关作出的限制人身自由或者查封、扣押、冻结财产等行政强制措施决定不服的；3、对行政机关作出的有关许可证、执照、资质证、资格证等证书变更、中止、撤销的决定不服的；4、对行政机关作出的关于确认土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的决定不服的；5、认为行政机关侵犯合法的经营自主权的；6、认为行政机关变更或者废止农业承包合同，侵犯其合法权益的；7、认为行政机关违法集资、征收财物、摊派费用或者违法要求履行其他义务的；8、认为符合法定条件，申请行政机关颁发许可证、执照、资质证、资格证等证书，或者申

请行政机关审批、登记有关事项，行政机关没有依法办理的；9、申请行政机关履行保护人身权利、财产权利、受教育权利的法定职责，行政机关没有依法履行的；10、申请行政机关依法发放抚恤金、社会保险金或者最低生活保障费，行政机关没有依法发放的；11、认为行政机关的其他具体行政行为侵犯其合法权益的。

关于行政复议的申请，《行政复议法》规定，公民、法人或者其他组织认为具体行政行为侵犯其合法权益的，可以自知道该具体行政行为之日起 60 日内提出行政复议申请；但是法律规定的申请期限超过 60 日的除外。 因不可抗力或者其他正当理由耽误法定申请期限的，申请期限自障碍消除之日起继续计算（第 9 条）。申请行政复议的公民、法人或者其他组织是申请人。有权申请行政复议的公民死亡的，其近亲属可以申请行政复议。有权申请行政复议的公民为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，其法定代理人可以代为申请行政复议。有权申请行政复议的法人或者其他组织终止的，承受其权利的法人或者其他组织可以申请行政复议。同申请行政复议的具体行政行为有利害关系的其他公民、法人或者其他组织，可以作为第三人参加行政复议。公民、法人或者其他组织对行政机关的具体行政行为不服申请行政复议的，作出具体行政行为的行政机关是被申请人。申请人、第三人可以委托代理人代为参加行政复议（第 10 条）。申请人申请行政复议，可以书面申请，也可以口头申请；口头申请的，行政复议机关应当当场记录申请人的基本情况、行政复议请求、申请行政复议的主要事实、理由和时间（第 11 条）。

行政复议机关收到行政复议申请后，应当在 5 日内进行审查，对不符合本法规定的行政复议申请，决定不予受理，并书面告知申请人；对符合本法规定，但是不属于本机关受理的行政复议申请，应当告知申请人向有关行政复议机关提出。除前款规定外，行政复议申请自行政复议机关负责法制工作的机构收到之日起即为受理（第 17 条）。

关于行政复议的决定，《行政复议法》第 28 条规定，行政复议机关负责法制工作的机构应当对被申请人作出的具体行政行为进行审查，提出意见，经行政复议机关的负责人同意或者集体讨论通过后，按照下列规定作出行政复议决定：（一）具体行政行为认定事实清楚，证据确凿，适用依据正确，程序合法，内容适当的，决定维持；（二）被申请人不履行法定职责的，决定其在一定期限内履行；3、具体行政行为有下列情形之一的，决定撤销、变更或者确认该具体行政行为违法；决定撤销或者确认该具体行政行为违法的，可以责令被申请人在一定期限内重新作出具体行政行为：1、主要事实不清、证据不足的；2、适用依据错误的；3、违反法定程序的；4、超越或者滥用职权的；5、具体行政行为明显不当的。（四）被申请人不按照第 23 条的规定提出书面答复、提交当初作出具体行政行为的证据、

依据和其他有关材料的，视为该具体行政行为没有证据、依据，决定撤销该具体行政行为。行政复议机关责令被申请人重新作出具体行政行为的，被申请人不得以同一的事实和理由作出与原具体行政行为相同或者基本相同的具体行政行为。

第六节　行政法制监督

一、概述

行政法制监督是指享有监督权的国家权力机关、司法机关、专门行政机关以及一般公民依法对国家行政机关及其公务员行使职权和与行使职权有关的行为实施的监督。

行政监督法是指国家有关行政法制监督的一系列法律规范的总称。它包括有关监督主体的各种法律规范，即作为监督各级政府依法行政的主体的资格和范围及其在法律上的地位、权利与义务；有关监督对象的各种法律规范，即不同监督主体相互之间、它们各自与共同的监督对象之间的关系及其在行政法律监督关系中的不同地位、权利及义务等；有关监督内容的各种法律规范，即对监督对象是否依法行政进行监督，具体讲就是监督对象是否依照行政法律规范的规定，合理、合法地实施了各种行政管理活动和是否在运用行政法手段时不越权、不侵权、坚持合理合法原则。

二、行政法制监督的内容和种类

（一）行政法制监督的内容

1、对各级政府制定各种行政法律规范的行政行为的合法性和合理性进行监督，也就是对其抽象行政行为进行监督，主要是对行政机关制定行政法规和规章的行为进行监督。

2、对各级政府及其公务员实施的具体行政行为的合法性、合理性进行监督。

3、对国家公务员是否遵纪守法、廉洁奉公进行监督。

（二）行政法制监督的种类

按照不同的标准，行政法制监督可以划分成以下不同的种类：

1、按监督的主体，可划分为国家监督和社会监督。凡是来自国家机构内部的自上而下或者自下而上的对行政的监督称为国家监督。这种监督的主体都是国家机关，能直接产生相应的法律后果，监督活动具有国家强制力。凡是来自国家机构以外的其他社会团体、组织和公民的对行政的监督称为社会监督。这种监督活动没有强制力，不直接产生相应的法律后果，只有当这种监督在行政机关予以采纳后，才产生法律的后果。

2、按监督的对象，可划分为对国家行政机关的监督和对公务员的监督。

3、按监督的内容，可划分为对行政机关抽象行为的监督和对行政机关具体行政行为的监督。也可划分为对行政行为合法性的监督和对行政行为合理性的监督。

4、按监督主体与监督对象的关系，可划分为外部行政法制监督和内部行政法制监督。前者是指行政机关以外的主体依法对行政机关及其工作人员实施监督，后者是指行政机关作为监督主体在行政机关内部所实施的监督。

5、按监督主体实施监督权的时间，可划分为事前的行政法制监督、事中的行政法制监督、事后的行政法制监督。如对政府制定行政法规和规章的抽象行政行为的监督，一般属事前监督，上级行政机关对下级行政机关的监督一般属事中监督，行政复议和行政诉讼则属于事后监督。

三、行政法制监督体系

（一）行政法制监督体系的构成

中国行政法制监督体系是由以下七类监督主体构成的：1、国家权力机关实施的行政法制监督，称为国家权力机关的监督。2、国家行政机关内部自己实施的自上而下或者自下而上的经常性的法制监督，称为一般形式的行政法制监督。3、国家行政机关内部建立的两种专门机构实施的法制监督，即国家监察部门的监督和审计部门的监督。4、国家检察机关实施的监督，称为检察监督。5、国家审判机关实施的监督，称为审判监督。6、社会力量为主体实施的监督，称为群众监督或者社会监督。7、中国共产党为主体实施的监督。

（二）国家权力机关的监督

国家权力机关的监督的依据是《宪法》第 2 条和第 3 条规定。监督的主要方式或者内容有：审议和批准政府提出的行政法律文件，对政府制定法律文件的抽象行政行为进行监督；审查和批准政府的工作报告；审查和批准政府编制的国民经济和社会发展计划以及执行计划的情况报告；审查和批准国家的预算和决算；组织行政执法大检查，处理公民来信来访和申

诉；监督政府处理人民代表大会代表的提案和意见；质询和询问；组织人民代表对政府工作进行视察；组织关于特定问题的调查委员会；撤销政府作出的不适当的或者违法的行政行为及运用人事监督权进行监督。

（三）国家行政机关内部的监督

国家行政机关内部自己实施的、经常性的自上而下的或者自下而上的监督，称作行政机关内部一般形式的监督。所谓一般形式的监督是基于上下级领导与被领导关系而形成，基于领导权而发生的，它是行政领导权的必然结果，与行政日常指导和领导活动相结合，具有双向性、相互性的特点。它不同于行政机关内部的行政监察和审计监督的特殊形式的监督。

（四）国家检察机关的检察监督

根据中国宪法和法律规定，各级检察机关对国家法律的执行情况进行监督和检查。宪法规定，检察院是国家的法律监督机关。据此，检察院可以对国家行政机关执行法律进行监督。如对公安机关的侦查活动进行监督及对劳改机关活动的监督。

（五）国家审判机关的审判监督

根据中国《行政诉讼法》第 1 条规定，法院正确、及时审理行政案件，维护和监督行政机关依法行使行政职权。根据《行政诉讼法》第 11 条和第 12 条规定，中国法院对行政机关的审判监督主要限于具体行政行为，对于抽象行政行为不予监督。

（六）群众监督或者社会监督

根据宪法和法律规定，人民群众对行政机关及其工作人员执行国家政策和法律的情况进行的检查和监督是群众监督。社会团体或者新闻单位对行政机关及其工作人员执行国家政策和法律情况进行的检查和督促，称为社会监督。以上两者都是非国家机关的监督，无法定约束力，并不产生直接法律后果，都具有建议性、主动性的特征。

（七）中国共产党的监督

依据宪法和法律的规定，中国共产党对国家行政机关的监督称为中国共产党的监督。因为，中国共产党是执政党，在国家政治生活中处于领导地位，党对政府的领导就决定了必然要对行政机关及其工作人员实施监督，这种监督在整个行政法制监督体系中处于核心地位，起关键作用。

（八）《行政监察法》

为了加强监察工作，保证政令畅通，维护行政纪律，促进廉政建设，加强行政管理，提高行政效能，1997 年 5 月 9 日第 8 届全国人民代表大会常务委员会第 25 次会议通过了《行政监察法》，共 7 章 48 条，自公布之日起施行。

1、监察机关、监察人员及其活动原则

《行政监察法》规定，监察机关是人民政府行使监察职能的机关，依照本法对国家行政机关、国家公务员和国家行政机关任命的其他人员实施监察（第 2 条）。监察机关依法行使职权，不受其他行政机关、社会团体和个人的干涉（第 3 条）。监察工作必须坚持实事求是，重证据，重调查研究，在适用法律和行政纪律上人人平等（第 4 条）；应当实行教育与惩处相结合、监督检查与改进工作相结合（第 5 条）。监察工作应当依靠群众。监察机关建立举报制度，公民对于任何国家行政机关、国家公务员和国家行政机关任命的其他人员的违法失职行为，有权向监察机关提出控告或者检举（第 6 条）。

《行政监察法》规定，国务院监察机关主管全国的监察工作。县级以上地方各级人民政府监察机关负责本行政区域内的监察工作，对本级人民政府和上一级监察机关负责并报告工作，监察业务以上级监察机关领导为主（第 7 条）。县级以上各级人民政府监察机关根据工作需要，经本级人民政府批准，可以向政府所属部门派出监察机构或者监察人员，被派出的机构或者人员对派出的监察机关负责并报告工作（第 8 条）。

监察人员必须遵纪守法，忠于职守，秉公执法，清正廉洁，保守秘密（第 9 条）。监察人员必须熟悉监察业务，具备相应的文化水平和专业知识（第 10 条）。县级以上地方各级人民政府监察机关正、副职领导人员的任命或者免职，在提请决定前，必须经上一级监察机关同意（第 11 条）。

监察机关对监察人员执行职务和遵守纪律实行监督的制度（第 12 条）。监察人员依法执行职务，受法律保护。任何组织和个人不得拒绝、阻碍监察人员依法执行职务，不得打击报复监察人员（第 13 条）。同时规定，监察人员办理的监察事项与本人或者其近亲属有利害关系的，应当回避（第 14 条）。

2、监察机关的职责

《行政监察法》规定，国务院监察机关对下列机关和人员实施监察：1、国务院各部门及其国家公务员；2、国务院及国务院各部门任命的其他人员；3、省、自治区、直辖市人民政府及其领导人员（第 15 条）。

县级以上地方各级人民政府监察机关对下列机关和人员实施监察：1、本级人民政府各部门及其国家公务员；2、本级人民政府及本级人民政府各部门任命的其他人员；3、下一级人民政府及其领导人员。县、自治县、不设区的市、市辖区人民政府监察机关还对本辖区所属的乡、民族乡、镇人民政府的国家公务员以及乡、民族乡、镇人民政府任命的其他人员实施监察（第 16 条）。上级监察机关可以办理下一级监察机关管辖范围内的监察事项；必要

时也可以办理所辖各级监察机关管辖范围内的监察事项。监察机关之间对管辖范围有争议的，由其共同的上级监察机关确定（第 17 条）。

监察机关对监察对象执法、廉政、效能情况进行监察，履行下列职责：1、检查国家行政机关在遵守和执行法律、法规和人民政府的决定、命令中的问题；2、受理对国家行政机关及其公务员和国家行政机关任命的其他人员违反行政纪律行为的控告、检举；3、调查处理国家行政机关及其公务员和国家行政机关任命的其他人员违反行政纪律的行为；4、受理国家行政机关公务员和国家行政机关任命的其他人员不服主管行政机关给予处分决定的申诉，以及法律、行政法规规定的其他由监察机关受理的申诉；5、法律、行政法规规定由监察机关履行的其他职责。监察机关按照国务院的规定，组织协调、检查指导政务公开工作和纠正损害群众利益的不正之风工作（第 18 条）。

3、监察机关的权限

《行政监察法》规定，监察机关履行职责，有权采取下列措施：1、要求被监察的部门和人员提供与监察事项有关的文件、资料、财务账目及其他有关的材料，进行查阅或者予以复制；2、要求被监察的部门和人员就监察事项涉及的问题作出解释和说明；3、责令被监察的部门和人员停止违反法律、法规和行政纪律的行为（第 19 条）。

监察机关在调查违反行政纪律行为时，可以根据实际情况和需要采取下列措施：1、暂予扣留、封存可以证明违反行政纪律行为的文件、资料、财务账目及其他有关的材料；2、责令案件涉嫌单位和涉嫌人员在调查期间不得变卖、转移与案件有关的财物；3、责令有违反行政纪律嫌疑的人员在指定的时间、地点就调查事项涉及的问题作出解释和说明，但是不得对其实行拘禁或者变相拘禁；4、建议有关机关暂停有严重违反行政纪律嫌疑的人员执行职务（第 20 条）。

监察机关在调查贪污、贿赂、挪用公款等违反行政纪律的行为时，经县级以上监察机关领导人员批准，可以查询案件涉嫌单位和涉嫌人员在银行或者其他金融机构的存款；必要时，可以提请法院采取保全措施，依法冻结涉嫌人员在银行或者其他金融机构的存款（第 21 条）。监察机关在办理行政违纪案件中，可以提请公安、审计、税务、海关、工商行政管理等机关予以协助（第 22 条）。

监察机关根据检查、调查结果，遇有下列情形之一的，可以提出监察建议：1、拒不执行法律、法规或者违反法律、法规以及人民政府的决定、命令，应当予以纠正的；2、本级人民政府所属部门和下级人民政府作出的决定、命令、指示违反法律、法规或者国家政策，应当予以纠正或者撤销的；3、给国家利益、集体利益和公民合法权益造成损害，需要采取

补救措施的；4、录用、任免、奖惩决定明显不适当，应当予以纠正的；5、依照有关法律、法规的规定，应当给予行政处罚的；6、其他需要提出监察建议的（第 23 条）。

监察机关根据检查、调查结果，遇有下列情形之一的，可以作出监察决定或者提出监察建议：1、违反行政纪律，依法应当给予警告、记过、记大过、降级、撤职、开除行政处分的；2、违反行政纪律取得的财物，依法应当没收、追缴或者责令退赔的。对第（1）项所列情形作出监察决定或者提出监察建议的，应当按照国家有关人事管理权限和处理程序的规定办理（第 24 条）。监察机关依法作出的监察决定，有关部门和人员应当执行。监察机关依法提出的监察建议，有关部门无正当理由的，应当采纳（第 25 条）。监察机关对监察事项涉及的单位和个人有权进行查询（第 26 条）。监察机关的领导人可以列席本级人民政府的有关会议，监察人员可以列席被监察部门的与监察事项有关的会议（第 28 条）。监察机关对控告、检举重大违法违纪行为的有功人员，可以依照有关规定给予奖励（第 29 条）。

4、监察程序

《行政监察法》对监察程序作了详细规定。规定了监察机关按照下列程序进行检查：1、对需要检查的事项予以立项；2、制定检查方案并组织实施；3、向本级人民政府或者上级监察机关提出检查情况报告；4、根据检查结果，作出监察决定或者提出监察建议。同时规定，重要检查事项的立项，应当报本级人民政府和上一级监察机关备案（第 30 条）。

《行政监察法》规定了违反行政纪律的行为进行调查的程序和对于立案调查的案件，经调查后认定不存在违反行政纪律事实或者不需要追究行政纪律责任时的处置办法及重要、复杂案件撤销的规定等。其中规定，监察机关按照下列程序对违反行政纪律的行为进行调查处理：1、对需要调查处理的事项进行初步审查；认为有违反行政纪律的事实，需要追究行政纪律责任的，予以立案；2、组织实施调查，收集有关证据；3、有证据证明违反行政纪律，需要给予行政处分或者作出其他处理的，进行审理；4、作出监察决定或者提出监察建议。重要、复杂案件的立案，应当报本级人民政府和上一级监察机关备案（第 31 条）。

监察机关立案调查的案件，应当自立案之日起 6 个月内结案，因特殊原因需要延长办案期限的，可以适当延长，但是最长不得超过 1 年，并应当报上一级监察机关备案（第 33 条）。监察机关在检查、调查中应当听取被监察的部门和人员的陈述和申辩（第 34 条）。监察机关作出的重要监察决定和提出的重要监察建议，应当报本级人民政府和上一级监察机关同意，国务院监察机关作出的重要监察决定和提出的重要监察建议，应当报经国务院同意（第 35 条）。

有关单位和人员应当自收到监察决定或者监察建议之日起30日内将执行情况通报监察机关（第37条）。国家公务员和国家行政机关任命的其他人员对主管行政机关作出的行政处分决定不服的，可以自收到处分决定之日起30日内向监察机关提出申诉，监察机关应当自收到申诉之日起30日内作出复查决定；对复查决定仍不服的，可以自收到复查决定之日起30日内向上一级监察机关申请复核，上一级监察机关应当自收到复核申请之日起60日内作出复核决定。复查、复核期间，不停止原决定的执行（第38条）。

监察机关对受理的不服主管行政机关行政处分决定的申诉，经复查认为原决定不适当的，可以建议原决定机关予以变更或者撤销；监察机关在职权范围内，也可以直接作出变更或者撤销的决定（第39条）。对监察决定不服的，可以自收到监察决定之日起30日内向作出决定的监察机关申请复审，监察机关应当自收到复审申请之日起30日内作出复审决定；对复审决定仍不服的，可以自收到复审决定之日起30日内向上一级监察机关申请复核，上一级监察机关应当自收到复核申请之日起60日内作出复核决定。复审、复核期间，不停止原决定的执行（第40条）。

上一级监察机关认为下一级监察机关的监察决定不适当的，可以责成下一级监察机关予以变更或者撤销，必要时也可以直接作出变更或者撤销的决定（第41条）。上一级监察机关的复核决定和国务院监察机关的复查决定或者复审决定为最终决定（第42条）。

对监察建议有异议的，可以自收到监察建议之日起30日内向作出建议的监察机关提出，监察机关应当自收到异议之日起30日内回复，对回复仍有异议的，由监察机关提请本级人民政府或者上一级监察机关裁决（第42条）。

5、法律责任

《行政监察法》规定了被监察的部门和人员、监察机关和监察人员的法律责任：被监察的部门和人员违反本法规定，有下列行为之一的，由主管机关或者监察机关责令改正，对部门给予通报批评；对负有直接责任的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分：1、隐瞒事实真相、出具伪证或者隐匿、转移、篡改、毁灭证据的；2、故意拖延或者拒绝提供与监察事项有关的文件、资料、财务账目及其他有关材料和其他必要情况的；3、在调查期间变卖、转移涉嫌财物的；4、拒绝就监察机关所提问题作出解释和说明的；5、拒不执行监察决定或者无正当理由拒不采纳监察建议的；6、有其他违反本法规定的行为，情节严重的（第45条）。对申诉人、控告人或者监察人员进行报复陷害的，依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任（第47条）。

监察人员滥用职权、徇私舞弊、玩忽职守、泄露秘密的、依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任（第 48 条）。监察机关和监察人员违法行使职权，侵犯公民、法人和其他组织的合法权益，造成损害的，应当依法赔偿（第 49 条）。

第七节　公安和国家安全行政

一、概述

公安和国家安全行政是指公安和国家安全机关依照法律规定所进行的治安、保卫和国家安全行政管理工作，是国家行政管理的重要组成部分。

中国公安和国家安全行政管理的总任务是“保护人民，打击敌人，惩治犯罪，服务四化”，具体说来，主要有以下几个方面：1、根据宪法和法律的规定，对刑事犯罪案件进行侦查，预防、揭露和打击一切犯罪活动；2、依法对社会治安（包括户口、特种行业、公共场所、枪支、危险物品管理）、边境、道路交通、出入境和消防的管理；3、依法监督机关、团体、企业事业单位等政治、经济和文化部门内部的安全保卫工作。

中国公安行政管理的主要部分是治安管理，根据治安管理多年的实践经验，证明“党委领导，依靠群众，预防为主，管理从严，及时打击，保障安全”的方针是正确有效的。

二、公安和国家安全行政机构

依据法律规定，中国公安和国家安全工作机构为，国务院设置公安部和安全部，统一管理全国公安和国家安全工作；省、自治区、直辖市设置公安厅（局）和安全厅（局）；省、自治区在其行政公署和所辖市设公安处（局）和安全局；县、市、旗设公安局；市辖区设公安分局；城镇设置公安派出所，农村设置公安派出所或者公安特派员；铁路、交通、林业系统设置各级公安机构；军队、机关、工矿、科研部门和企事业设立保卫处（局）、科（处），是公安部门派出的代表机关，依法行使国家公安机关的一定职权。

三、公安和国家安全行政管理的法律、法规

中国的公安和国家安全行政管理的法律、法规有许多，现将主要法律、法规分述如下：

（一）《治安管理处罚法》

《治安管理处罚法》是中国治安管理方面的主要行政法律文件，2005年8月28日第10届全国人民代表大会常务委员会第17次会议通过，自2006年3月1日起施行，根据2012年10月26日第11届全国人民代表大会常务委员会第29次会议通过的《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国治安管理处罚法〉的决定》修正。

1、违反治安管理行为的概念和种类

违反治安管理的行为是扰乱公共秩序，妨害公共安全，侵犯人身权利、财产权利，妨害社会管理，具有社会危害性，尚不够刑事处罚，按规定应当给予治安管理处罚的行为（第2条）。《治安管理处罚法》第3章列举了违反治安管理的行为和规定了相应的处罚，它们是：扰乱公共秩序行为；妨害公共安全行为；侵犯人身、财产权利行为；妨害社会管理行为。

2、治安管理处罚的种类

治安管理处罚的种类包括，警告，罚款，行政拘留，吊销公安机关发放的许可证。对违反治安管理的外国人，可以附加适用限期出境或者驱逐出境（第10条）。

3、治安管理处罚的执行

对被决定给予行政拘留处罚的人，由作出决定的公安机关送达拘留所执行（第103条）。

受到罚款处罚的人应当自收到处罚决定书之日起15日内，到指定的银行缴纳罚款。但是，有下列情形之一的，人民警察可以当场收缴罚款：1、被处50元以下罚款，被处罚人对罚款无异议的；2、在边远、水上、交通不便地区，公安机关及其人民警察依照本法的规定作出罚款决定后，被处罚人向指定的银行缴纳罚款确有困难，经被处罚人提出的；3、被处罚人在当地没有固定住所，不当场收缴事后难以执行的（第104条）。

人民警察当场收缴的罚款，应当自收缴罚款之日起2日内，交至所属的公安机关；在水上、旅客列车上当场收缴的罚款，应当自抵岸或者到站之日起2日内，交至所属的公安机关；公安机关应当自收到罚款之日起2日内将罚款缴付指定的银行（第105条）。人民警察当场收缴罚款的，应当向被处罚人出具省、自治区、直辖市人民政府财政部门统一制发的罚款收据；不出具统一制发的罚款收据的，被处罚人有权拒绝缴纳罚款（第106条）。

被处罚人不服行政拘留处罚决定，申请行政复议、提起行政诉讼的，可以向公安机关提出暂缓执行行政拘留的申请。公安机关认为暂缓执行行政拘留不致发生社会危险的，由被处罚人或者其近亲属提出符合本法第一百零八条规定条件的担保人，或者按每日行政拘留 200 元的标准交纳保证金，行政拘留的处罚决定暂缓执行（第 107 条）。

担保人应当符合下列条件：1、与本案无牵连；2、享有政治权利，人身自由未受到限制；3、在当地有常住户口和固定住所；4、有能力履行担保义务（第 108 条）。担保人应当保证被担保人不逃避行政拘留处罚的执行。担保人不履行担保义务，致使被担保人逃避行政拘留处罚的执行的，由公安机关对其处 3000 元以下罚款（第 109 条）。

被决定给予行政拘留处罚的人交纳保证金，暂缓行政拘留后，逃避行政拘留处罚的执行的，保证金予以没收并上缴国库，已经作出的行政拘留决定仍应执行（第 110 条）。行政拘留的处罚决定被撤销，或者行政拘留处罚开始执行的，公安机关收取的保证金应当及时退还交纳人（第 111 条）。

（二）《集会游行示威法》

为了保障公民依法行使集会、游行、示威的权利，维护社会安定和公共秩序，根据宪法规定，于 1989 年 10 月 31 日第 7 届全国人民代表大会常务委员会第 10 次会议通过并公布实施《集会游行示威法》（简称为《集会游行示威法》），该法共 5 章 36 条。这是中国有关规范公民集会、游行、示威活动的一项重要行政法律，它对公民集会、游行、示威权利行使的保障及其限制、主管机关、对集会游行示威的申请和许可、举行及法律责任都作了明确规定。

1、集会游行示威的概念

该法规定，集会是指聚集于露天公共场所，发表意见、表达意愿的活动。游行是指在公共道路、露天公共场所列队行进、表达共同意愿的活动。示威是指在露天公共场所或者公共道路上以集会、游行、静坐等方式，表达要求、抗议或者支持、声援等共同意愿的活动。文娱、体育活动，正常的宗教活动，传统的民间习俗活动，不适用本法（第 2 条）。

2、集会游行示威的申请、许可和举行

集会、游行、示威的主管机关，是集会、游行、示威举行地的市、县公安局、城市公安分局；游行、示威路线经过两个以上区、县的，主管机关为所经过区、县的公安机关的共同上一级公安机关（第 6 条）。

举行集会、游行、示威，必须依照规定向主管机关提出申请并获得许可（第 7 条）。举行集会、游行、示威，必须有负责人。依照本法规定需要申请的集会、游行、示威，其负责

人必须在举行日期的五日前向主管机关递交书面申请。申请书中应当载明集会、游行、示威的目的、方式、标语、口号、人数、车辆数、使用音响设备的种类与数量、起止时间、地点（包括集合地和解散地）、路线和负责人的姓名、职业、住址（第 8 条）。主管机关接到集会、游行、示威申请书后，应当在申请举行日期的 2 日前，将许可或者不许可的决定书面通知其负责人。不许可的，应当说明理由。逾期不通知的，视为许可。确因突然发生的事件临时要求举行集会、游行、示威的，必须立即报告主管机关；主管机关接到报告后，应当立即审查决定许可或者不许可（第 9 条）。申请举行集会、游行、示威要求解决具体问题的，主管机关接到申请书后，可以通知有关机关或者单位同集会、游行、示威的负责人协商解决问题，并可以将申请举行的时间推迟五日（第 10 条）。

申请举行的集会、游行、示威，有下列情形之一的，不予许可：1、反对宪法所确定的基本原则的；2、危害国家统一、主权和领土完整的；3、煽动民族分裂的；4、有充分根据认定申请举行的集会、游行、示威将直接危害公共安全或者严重破坏社会秩序的（第 12 条）。集会、游行、示威的负责人对主管机关不许可的决定不服的，可以自接到决定通知之日起 3 日内，向同级人民政府申请复议，人民政府应当自接到申请复议书之日起 3 日内作出决定（第 13 条）。

公民不得在其居住地以外的城市发动、组织、参加当地公民的集会、游行、示威（第 15 条）。国家机关工作人员不得组织或者参加违背有关法律、法规规定的国家机关工作人员职责、义务的集会、游行、示威（第 16 条）。外国人在中国境内未经主管机关批准不得参加中国公民举行的集会、游行、示威（第 34 条）。

对于依法举行的集会、游行、示威，主管机关应当派出人民警察维持交通秩序和社会秩序，保障集会、游行、示威的顺利进行（第 18 条）。依法举行的集会、游行、示威，任何人不得以暴力、胁迫或者其他非法手段进行扰乱、冲击和破坏（第 19 条）。

集会、游行、示威应当按照许可的目的、方式、标语、口号、起止时间、地点、路线及其他事项进行。集会、游行、示威的负责人必须负责维持集会、游行、示威的秩序，并严格防止其他人加入。集会、游行、示威的负责人在必要时，应当指定专人协助人民警察维持秩序。负责维持秩序的人员应当佩戴标志（第 25 条）。

3、违反《集会游行示威法》的法律责任

举行集会、游行、示威不得违反治安管理法规，不得进行犯罪活动或者煽动犯罪（第 26 条）。有违反治安管理行为的，依照治安管理处罚条例有关规定予以处罚（第 28 条）；有犯罪行为的，依法追究刑事责任（第 29、30 条）。

举行集会、游行、示威，有下列情形之一者，公安机关可以对其负责人和直接责任人员处以警告或者 15 日以下拘留：1、未依照本法规定申请或者申请未许可的；2、未按照主管机关许可的目的、方式、标语、口号、起止时间、地点、路线进行，不听制止的（第 28 条）。

对公安机关的拘留处罚决定不服的，可以自接到处罚决定通知之日起 5 日内，向上一级公安机关提出申诉，上一级公安机关应当自接到申请之日起 5 日内作出裁决；对上一级公安机关裁决不服的，可以自裁决通知之日起 5 日内，向法院提起诉讼（第 31 条）。

公民在本人居住地以外的城市发动、组织当地公民的集会、游行、示威的，公安机关有权予以拘留或者强行遣回原地（第 33 条）。

（三）《反间谍法》

为了防范、制止和惩治间谍行为，维护国家安全，根据宪法，2014 年 11 月 1 日第 12 届全国人民代表大会常务委员会第 11 次会议通过《反间谍法》。该法共有 5 章 40 条。

1、间谍行为

间谍行为是指下列行为：间谍组织及其代理人实施或者指使、资助他人实施，或者境内外机构、组织、个人与其相勾结实施的危害中华人民共和国国家安全的活动；参加间谍组织或者接受间谍组织及其代理人的任务的；间谍组织及其代理人以外的其他境外机构、组织、个人实施或者指使、资助他人实施，或者境内机构、组织、个人与其相勾结实施的窃取、刺探、收买或者非法提供国家秘密或者情报，或者策动、引诱、收买国家工作人员叛变的活动；为敌人指示攻击目标的；进行其他间谍活动的（第 40 条）。境外机构、组织、个人实施或者指使、资助他人实施的，或者境内机构、组织、个人与境外机构、组织、个人相勾结实施的危害中华人民共和国国家安全的间谍行为，都必须受到法律追究（第 6 条）。国家对支持、协助反间谍工作的组织和个人给予保护，对有重大贡献的给予奖励（第 7 条）。

2、国家安全机关及其工作人员的职权

国家安全机关在反间谍工作中依法行使侦查、拘留、预审和执行逮捕以及法律规定的其他职权（第 8 条）。国家安全机关的工作人员依法执行任务时，依照规定出示相应证件，有权查验中国公民或者境外人员的身份证明，向有关组织和人员调查、询问有关情况（第 9 条）。国家安全机关的工作人员依法执行任务时，依照规定出示相应证件，可以进入有关场所、单位；根据国家有关规定，经过批准，出示相应证件，可以进入限制进入的有关地区、场所、单位，查阅或者调取有关的档案、资料、物品（第 10 条）。

国家安全机关的工作人员在依法执行紧急任务的情况下，经出示相应证件，可以优先乘坐公共交通工具，遇交通阻碍时，优先通行。国家安全机关因反间谍工作需要，按照国家有关规定，可以优先使用或者依法征用机关、团体、企业事业组织和个人的交通工具、通信工具、场地和建筑物，必要时，可以设置相关工作场所和设备、设施，任务完成后应当及时归还或者恢复原状，并依照规定支付相应费用；造成损失的，应当补偿（第 11 条）。

国家安全机关因侦察间谍行为的需要，根据国家有关规定，经过严格的批准手续，可以采取技术侦察措施（第 12 条）。国家安全机关因反间谍工作需要，可以依照规定查验有关组织和个人的电子通信工具、器材等设备、设施。查验中发现存在危害国家安全情形的，国家安全机关应当责令其整改；拒绝整改或者整改后仍不符合要求的，可以予以查封、扣押。对依照前款规定查封、扣押的设备、设施，在危害国家安全的情形消除后，国家安全机关应当及时解除查封、扣押（第 13 条）。

国家安全机关因反间谍工作需要，根据国家有关规定，可以提请海关、边防等检查机关对有关人员和资料、器材免检。有关检查机关应当予以协助（第 14 条）。国家安全机关对用于间谍行为的工具和其他财物，以及用于资助间谍行为的资金、场所、物资，经设区的市级以上国家安全机关负责人批准，可以依法查封、扣押、冻结（第 15 条）。

国家安全机关根据反间谍工作需要，可以会同有关部门制定反间谍技术防范标准，指导有关部门落实反间谍技术防范措施，对存在隐患的部门，经过严格的批准手续，可以进行反间谍技术防范检查和检测（第 16 条）。

国家安全机关及其工作人员在工作中，应当严格依法办事，不得超越职权、滥用职权，不得侵犯组织和个人的合法权益。国家安全机关及其工作人员依法履行反间谍工作职责获取的组织和个人的信息、材料，只能用于反间谍工作。对属于国家秘密、商业秘密和个人隐私的，应当保密（第 17 条）。

国家安全机关工作人员依法执行职务受法律保护（第 18 条）。

3、公民和组织维护国家安全的义务和权利

机关、团体和其他组织应当对本单位的人员进行维护国家安全的教育，动员、组织本单位的人员防范、制止间谍行为（第 19 条）。

公民和组织应当为反间谍工作提供便利或者其他协助。协助反间谍工作，本人或者其近亲属的人身安全面临危险的，可以向国家安全机关请求予以保护。国家安全机关应当会同有关部门依法采取保护措施（第 20 条）。

公民和组织发现间谍行为，应当及时向国家安全机关报告；向公安机关等其他国家机关、组织报告的，相关国家机关、组织应当立即移送国家安全机关处理（第 21 条）。在国家安全机关调查了解有关间谍行为的情况、收集有关证据时，有关组织和个人应当如实提供，不得拒绝（第 22 条）。任何公民和组织都应当保守所知悉的有关反间谍工作的国家秘密（第 23 条）。任何个人和组织都不得非法持有属于国家秘密的文件、资料和其他物品（第 24 条）。任何个人和组织都不得非法持有、使用间谍活动特殊需要的专用间谍器材。专用间谍器材由国务院国家安全主管部门依照国家有关规定确认（第 25 条）。

任何个人和组织对国家安全机关及其工作人员超越职权、滥用职权和其他违法行为，都有权向上级国家安全机关或者有关部门检举、控告。受理检举、控告的国家安全机关或者有关部门应当及时查清事实，负责处理，并将处理结果及时告知检举人、控告人。对协助国家安全机关工作或者依法检举、控告的个人和组织，任何个人和组织不得压制和打击报复（第 26 条）。

《反间谍法》详细规定了对实施间谍行为的不同法律责任。境外机构、组织、个人实施或者指使、资助他人实施，或者境内机构、组织、个人与境外机构、组织、个人相勾结实施间谍行为，构成犯罪的，依法追究刑事责任。实施间谍行为，有自首或者立功表现的，可以从轻、减轻或者免除处罚；有重大立功表现的，给予奖励（第 27 条）。在境外受胁迫或者受诱骗参加敌对组织、间谍组织，从事危害中华人民共和国国家安全的活动，及时向中华人民共和国驻外机构如实说明情况，或者入境后直接或者通过所在单位及时向国家安全机关、公安机关如实说明情况，并有悔改表现的，可以不予追究（第 28 条）。

（四）《警察法》

为了维护国家安全和社会治安秩序，保护公民的合法权益，加强人民警察的队伍建设，从严治警，提高人民警察的素质，保障人民警察依法行使职权，保障改革开放和社会主义现代化建设的顺利进行，《中华人民共和国人民警察法》经 1995 年 2 月 28 日第 8 届全国人民代表大会常务委员会第 12 次会议通过，根据 2012 年 10 月 26 日第 11 届全国人民代表大会常务委员会第 29 次会议通过的《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国人民警察法〉的决定》修正。该法分总则、职权、义务和纪律、组织管理、警务保障、执法监督、法律责任、附则共 8 章 52 条。

1、警察的范围、任务及活动原则

《警察法》第 2 条规定人民警察包括公安机关、国家安全机关、监狱、劳动教养管理机关的人民警察和人民法院、人民检察院的司法警察。

《警察法》人民警察的任务是维护国家安全，维护社会治安秩序，保护公民的人身安全、人身自由和合法财产，保护公共财产，预防、制止和惩治违法犯罪活动（第 2 条）。

人民警察必须依靠人民的支持，保持同人民的密切联系，倾听人民的意见和建议，接受人民的监督，维护人民的利益，全心全意为人民服务（第 3 条）。人民警察必须以宪法和法律为活动准则，忠于职守，清正廉洁，纪律严明，服从命令，严格执法（第 4 条）。

2、警察的职权

《警察法》列举了警察的 14 项职责：（一）预防、制止和侦查违法犯罪活动；（二）维护社会治安秩序，制止危害社会治安秩序的行为；（三）维护交通安全和交通秩序，处理交通事故；（四）组织、实施消防工作，实行消防监督；（五）管理枪支弹药、管制刀具和易燃易爆、剧毒、放射性等危险物品；（六）对法律、法规规定的特种行业进行管理；（七）警卫国家规定的特定人员，守卫重要的场所和设施；（八）管理集会、游行、示威活动；（九）管理户政、国籍、入境出境事务和外国人在中国境内居留、旅行的有关事务；（十）维护国（边）境地区的治安秩序；（十一）对被判处拘役、剥夺政治权利的罪犯执行刑罚；（十二）监督管理计算机信息系统的安全保护工作；（十三）指导和监督国家机关、社会团体、企业事业组织和重点建设工程的治安保卫工作，指导治安保卫委员会等群众性组织的治安防范工作；（十四）法律、法规规定的其他职责（第 6 条）。

3、警察的义务、纪律和法律责任

人民警察必须做到：（一）秉公执法，办事公道；（二）模范遵守社会公德；（三）礼貌待人，文明执勤；（四）尊重人民群众的风俗习惯（第 20 条）。人民警察遇到公民人身、财产安全受到侵犯或者处于其他危难情形，应当立即救助；对公民提出解决纠纷的要求，应当给予帮助；对公民的报警案件，应当及时查处。人民警察应当积极参加抢险救灾和社会公益工作（第 21 条）。

人民警察不得有下列行为：（一）散布有损国家声誉的言论，参加非法组织，参加旨在反对国家的集会、游行、示威等活动，参加罢工；（二）泄露国家秘密、警务工作秘密；（三）弄虚作假，隐瞒案情，包庇、纵容违法犯罪活动；（四）刑讯逼供或者体罚、虐待人犯；（五）非法剥夺、限制他人人身自由，非法搜查他人的身体、物品、住所或者场所；（六）敲诈勒索或者索取、收受贿赂；（七）殴打他人或者唆使他人打人；（八）违法实施处罚或者收取费用；（九）接受当事人及其代理人的请客送礼；（十）从事营利性的经营活动或者受雇于任何个人或者组织；（十一）玩忽职守，不履行法定义务；（十二）其他违法乱纪的行为（第 22 条）。

人民警察必须按照规定着装，佩带人民警察标志或者持有人民警察证件，保持警容严整，举止端庄（第 23 条）。

人民警察有本法第 22 条所列行为之一的，应当给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。行政处分分为：警告、记过、记大过、降级、撤职、开除。对受行政处分的人民警察，按照国家有关规定，可以降低警衔、取消警衔。对违反纪律的人民警察，必要时可以对其采取停止执行职务、禁闭的措施（第 48 条）。人民警察违反规定使用武器、警械，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚未构成犯罪的，应当依法给予行政处分（第 49 条）。人民警察在执行职务中，侵犯公民或者组织的合法权益造成损害的，应当依照《中华人民共和国国家赔偿法》和其他有关法律、法规的规定给予赔偿（第 50 条）。

4、《警察法》的组织管理、警务保障和执法监督

《警察法》规定，担任人民警察应当具备下列条件：（一）年满 18 岁的公民；（二）拥护中华人民共和国宪法；（三）有良好的政治、业务素质和良好的品行；（四）身体健康；（五）具有高中毕业以上文化程度；（六）自愿从事人民警察工作。有下列情形之一的，不得担任人民警察：（一）曾因犯罪受过刑事处罚的；（二）曾被开除公职的（第 26 条）。录用人民警察，必须按照国家规定，公开考试，严格考核，择优选用（第 27 条）。

担任人民警察领导职务的人员，应当具备下列条件：（一）具有法律专业知识；（二）具有政法工作经验和一定的组织管理、指挥能力；（三）具有大学专科以上学历；（四）经人民警察院校培训，考试合格（第 28 条）。

人民警察必须执行上级的决定和命令。人民警察认为决定和命令有错误的，可以按照规定提出意见，但不得中止或者改变决定和命令的执行；提出的意见不被采纳时，必须服从决定和命令；执行决定和命令的后果由作出决定和命令的上级负责（第 32 条）。人民警察对超越法律、法规规定的人民警察职责范围的指令，有权拒绝执行，并同时向上级机关报告（第 33 条）。

人民警察依法执行职务，公民和组织应当给予支持和协助。公民和组织协助人民警察依法执行职务的行为受法律保护。对协助人民警察执行职务有显著成绩的，给予表彰和奖励。公民和组织因协助人民警察执行职务，造成人身伤亡或者财产损失的，应当按照国家有关规定给予抚恤或者补偿（第 34 条）。拒绝或者阻碍人民警察依法执行职务，有下列行为之一的，给予治安管理处罚：（一）公然侮辱正在执行职务的人民警察的；（二）阻碍人民警察调查取证的；（三）拒绝或者阻碍人民警察执行追捕、搜查、救险等任务进入有关住所、场所的；（四）对执行救人、救险、追捕、警卫等紧急任务的警车故意设置障碍的；（五）有

拒绝或者阻碍人民警察执行职务的其他行为的。以暴力、威胁方法实施前款规定的行为，构成犯罪的，依法追究刑事责任（第 35 条）。

人民警察执行职务，依法接受人民检察院和行政监察机关的监督（第 42 条）。人民警察的上级机关对下级机关的执法活动进行监督，发现其作出的处理或者决定有错误的，应当予以撤销或者变更（第 43 条）。人民警察执行职务，必须自觉地接受社会和公民的监督。人民警察机关作出的与公众利益直接有关的规定，应当向公众公布（第 44 条）。

人民警察在办理治安案件过程中，遇有下列情形之一的，应当回避，当事人或者其法定代理人也有权要求他们回避：（一）是本案的当事人或者是当事人的近亲属的；（二）本人或者其近亲属与本案有利害关系的；（三）与本案当事人有其他关系，可能影响案件公正处理的。前款规定的回避，由有关的公安机关决定。人民警察在办理刑事案件过程中的回避，适用刑事诉讼法的规定（第 45 条）。

公民或者组织对人民警察的违法、违纪行为，有权向人民警察机关或者人民检察院、行政监察机关检举、控告。受理检举、控告的机关应当及时查处，并将查处结果告知检举人、控告人。对依法检举、控告的公民或者组织，任何人不得压制和打击报复（第 46 条）。

公安机关建立督察制度，对公安机关的人民警察执行法律、法规、遵守纪律的情况进行监督（第 47 条）。

第八节　司法行政

一、概述

司法行政管理是指国家行政机关以辅导实施国家司法制度为目的的对行政事物的管理。它是国家行政管理的重要内容之一，其管理机关为司法行政机关，是政府管理司法建设的职能部门。

司法行政管理的主要任务是：1、领导和管理各级政法院校，培养训练司法干部；2、组织和管理法制宣传教育，普及法律知识，提高公民法律意识；3、领导和管理律师和公证工作，为提供法律帮助，保障国家、集体的权益和公民的合法权益，维护国家法制服务；4、领导和管理人民调解委员会的组织建设和业务建设，为处理民间纠纷，防止人民内部矛盾的

激化服务；5、领导和管理劳动教养和劳动改造工作，为教育、挽救和改造违法犯罪者的工作服务。

二、司法行政管理机构

中国在中央设有司法部，在国务院的统一领导下负责指导、管理和监督全国各级司法行政机关的工作。省、自治区、直辖市设司法厅（局）；行署、市、县设司法处（局）；乡镇设司法助理员。地方各级司法行政机关是同级人民政府的司法行政职能部门，受同级人民政府的领导，同时，在业务上受司法部和上级司法行政机关的指导和监督。

三、《检察官法》、《法官法》

为了保障检察院、法院依法独立行使职权，保障检察官、法官依法履行职责，提高检察官、法官的素质，实现对检察官、法官的科学管理，1995 年 2 月 28 日第 8 届全国人民代表大会常务委员会第 12 次会议通过了《检察官法》（根据 2001 年 6 月 30 日第九届全国人民代表大会常务委员会第 22 次会议《关于修改〈中华人民共和国检察官法〉的决定》修正）和《法官法》（2001 年 6 月 30 日第 9 届全国人民代表大会常务委员会第 22 次会议关于修改〈中华人民共和国法官法〉的决定修正）。《检察官法》共 17 章 56 条，《法官法》共 17 章 53 条。

（一）检察官、法官的范围和活动原则

《检察官法》规定，检察官是依法行使国家检察权的检察人员，包括最高人民检察院、地方各级人民检察院和军事检察院等专门人民检察院的检察长、副检察长、检察委员会委员、检察员和助理检察员（第 2 条）。

《法官法》规定，法官是依法行使国家审判权的审判人员，包括最高人民法院、地方各级人民法院和军事法院等专门人民法院的院长、副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长、审判员和助理审判员（第 2 条）。

《检察官法》和《法官法》都规定，检察官、法官“必须忠实执行宪法和法律，全心全意为人民服务”（第 3 条）。检察官、法官“依法履行职责，受法律保护”（第 4 条）。

检察官的职责是：1、依法进行法律监督工作；2、代表国家进行公诉；3、对法律规定由人民检察院直接受理的犯罪案件进行侦查；4、法律规定的其他职责（第 6 条）。检察

长、副检察长、检察委员会委员除履行检察职责外，还应当履行与其职务相适应的职责（第7条）。

法官的职责是：1、依法参加合议庭审判或者独任审判案件；2、法律规定的其他职责（第5条）。院长、副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长除履行审判职责外，还应当履行与其职务相适应的职责（第6条）。

（二）检察官、法官的条件、义务和权利

《检察官法》、《法官法》都规定了检察官、法官的任职条件和不得任职的情况。担任检察官、法官必须具备下列条件：1、具有中华人民共和国国籍；2、年满23岁；3、拥护中华人民共和国宪法；4、有良好的政治、业务素质和良好的品行；5、身体健康；6、高等院校法律专业本科毕业或者高等院校非法律专业本科毕业具有法律专业知识，从事法律工作满2年，其中担任省、自治区、直辖市人民检察院、最高人民检察院检察官、高级人民法院、最高人民法院法官，应当从事法律工作满3年；获得法律专业硕士学位、博士学位或者非法律专业硕士学位、博士学位具有法律专业知识，从事法律工作满1年，其中担任省、自治区、直辖市人民检察院、最高人民检察院检察官、高级人民法院、最高人民法院法官，应当从事法律工作满2年。本法施行前的检察人员、审判人员不具备前款第6项规定的条件的，应当接受培训，具体办法由最高人民检察院、最高人民法院制定。适用第1款第6项规定的学历条件确有困难的地方，经最高人民检察院、最高人民法院审核确定，在一定期限内，可以将担任检察官、法官的学历条件放宽为高等院校法律专业专科毕业（《检察官法》第10条、《法官法》第9条）。下列人员不得担任检察官、法官：1、曾因犯罪受过刑事处罚的；2、曾被开除公职的（《检察官法》第11条、《法官法》第10条）。

《检察官法》第8条和《法官法》第7条都规定了检察官、法官的义务和权利。其中，检察官和法官都应当履行的义务有严格遵守宪法和法律；检察官履行职责、法官审判案件必须以事实为根据，以法律为准绳，秉公办案，不得徇私枉法；维护国家利益、公共利益，维护公民、法人和其他组织的合法权益；清正廉明，忠于职守，遵守纪律；保守国家秘密和检察工作或者审判工作秘密；接受法律监督和人民群众监督。《法官法》对于法官的义务还有“依法保障诉讼参与人的诉讼权利”的规定。

关于检察官、法官的权利，两个法律都规定了8项权利，即：履行检察官、法官职责应当具有的职权和工作条件；依法履行检察职责或者审判案件不受行政机关、社会团体和个人的干涉；非因法定事由、非经法定程序，不被免职、降职、辞退或者处分；获得劳动报酬，

享受保险、福利待遇；人身、财产和住所安全受法律保护；参加培训；提出申诉或者控告；辞职（《检察官法》第 9 条、《法官法》第 8 条）。

（三）检察官、法官的任免和任职回避

《检察官法》、《法官法》都分别作了任免和任职回避的规定。检察官、法官的任免“依照宪法和法律规定的任免权限和程序办理”，并详细规定了任免的权限和程序。同时规定，初任检察员、助理检察员和初任审判员、助理审判员，采用公开考试、严格考核的办法，按照德才兼备的标准，从具备检察官、法官条件的人员中择优提出人选；担任检察长、副检察长、检察委员会委员和院长、副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长，应当从具有实际工作经验的人员中择优提出人选。

两个法律对免职共同规定了 8 种情况，有其中一种情况，应当依法提请免除其职务：丧失中华人民共和国国籍的；调出本检察院、法院的；职务变动不需要保留原职务的；经考核确定为不称职的；因健康原因长期不能履行职务的；退休的；辞职、辞退的；因违纪、违法犯罪不能继续任职的（《检察官法》第 14 条、《法官法》第 13 条）。

关于任职回避，两法都作了相同的规定，即：检察官、法官之间有夫妻关系、直系血亲关系、三代以内旁系血亲以及近姻亲关系的，不得担任下列职务：（1）同一检察院、法院的检察长、院长、副检察长、副院长、检察委员会委员、审判委员会委员、庭长、副庭长；（2）同一检察院、法院的检察长、院长、副检察长、副院长和检察员、助理检察员、审判员、助理审判员；（3）同一业务厅、审判庭的检察员、助理检察员、庭长、副庭长、审判员、助理审判员；（4）上下相邻两级检察院、法院的检察长、副检察长、院长、副院长（《检察官法》第 19 条、《法官法》第 16 条）。

（四）考核和奖惩

《检察官法》、《法官法》都对考核有专章规定，对检察官、法官的考核，规定由所在的检察院、法院组织实施；考核应当客观公正，实行领导和群众相结合，平时考核和年度考核相结合。考核内容规定为：检察（审判）工作实绩，思想品德，检察（审判）业务和法学理论水平，工作态度和工作（审判）作风。重点考核检察（审判）工作实绩。年度考核结果分为优秀、称职、不称职三个等次，其结果作为对检察官（法官）奖惩、培训、辞退以及调整等级和工资的依据。考核结果以书面形式通知本人。本人对考核结果如有异议，可以申请复议（《检察官法》第 8 章、《法官法》第 8 章）。

对奖励的规定，其中对检察官和法官共同的有 6 条，即：在检察工作（审理工作）中秉公执法，成绩显著的；提出检察建议或者对检察工作（审判工作）提出改革建议被采纳，效

果显著的；保护国家、集体和人民利益，使其免受重大损失，事迹突出的；勇于同违法犯罪行为作斗争，事迹突出的；保护国家秘密和检察（审判）工作秘密，有显著成绩的；有其他功绩的。《法官法》还规定了两种表现应当给予奖励，即：总结审判实践经验成果突出，对审判工作有指导作用的；提出司法建议被采纳或者开展法制宣传、指导人民调解委员会工作，效果显著的。奖励分为：嘉奖，记三等功、二等功、一等功，授予荣誉称号（《检察官法》第 10 章、《法官法》第 10 章）。

在两个法律的第 11 章中，都规定了不得有 13 种行为，即：散布有损国家声誉的言论，参加非法组织，参加旨在反对国家的集会、游行、示威等活动，参加罢工；贪污受贿；徇私枉法；刑讯逼供；隐瞒证据或者伪造证据；泄露国家秘密或者检察（审判）工作秘密，滥用职权，侵犯公民、法人或者其他组织的合法权益；玩忽职守，造成错案或者给当事人造成严重损失；拖延办案，贻误工作；利用职权为自己或者他人谋取私利；从事营利性的经营活动；私自会见当事人及其代理人，接受当事人及其代理人的请客送礼；其他违法乱纪的行为。检察官、法官有上列行为之一的，应当给予处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。处分分为：警告、记过、记大过、降级、撤职、开除 6 种，受撤职处分的，同时降低工资和等级。

《检察官法》、《法官法》还对检察官、法官的等级、培训、工资保险福利、辞职辞退、退休、申诉控告和检察官（法官）考评委员会等项都作了详细规定。

四、《律师法》

律师制度是中国司法制度的重要组成部分，为了完善律师制度，保障律师依法执行业务，规范律师的行为，维护当事人的合法权益，维护法律的正确实施，发挥律师在社会主义法制建设中的积极作用，1996 年 5 月 15 日第 8 届全国人民代表大会常务委员会第 19 次会议通过了《律师法》（根据 2001 年 12 月 29 日第 9 届全国人民代表大会常务委员会第 25 五次会议《关于修改〈中华人民共和国律师法〉的决定》修正，2007 年 10 月 28 日第 10 届全国人民代表大会常务委员会第 30 次会议修订），共 7 章 60 条。

（一）律师的概念、活动原则、执业条件

律师，是指依法取得律师执业证书，接受委托或者指定，为当事人提供法律服务的执业人员（第 2 条）。

律师执业必须遵守宪法和法律，恪守律师职业道德和执业纪律。律师执业必须以事实为根据，以法律为准绳。律师执业应当接受国家、社会和当事人的监督。律师依法执业受法律保护，任何组织和个人不得侵害律师的合法权益（第 3 条）。司法行政部门依照本法对律师、律师事务所和律师协会进行监督、指导（第 4 条）。《律师法》对律师执业条件规定，律师执业，应当取得律师资格和执业证书。

律师资格的取得有两种情况，即：1、国家实行律师资格全国统一考试制度。具有高等院校法学专科以上学历或者同等专业水平，以及高等院校其他专业本科以上学历的人员，经律师资格考试合格的，由国务院司法行政部门授予律师资格。其考试办法由国务院司法行政部门制定。2、具有高等院校本科以上学历，在法律服务人员紧缺领域从事专业工作满 15 年，具有高级职称或者同等专业水平并具有相应的专业法律知识的人员，申请专职律师执业的，经国务院司法行政部门考核合格，准予执业（第 8 条）。

关于执业证书，《律师法》规定，拥护中华人民共和国宪法并符合下列条件的，可以申请领取律师执业证书：1、通过国家统一司法考试；2、在律师事务所实习满 1 年；3、品行良好（第 5 条）。同时，法律也规定了不予颁发律师执业证书的 3 种情形，即：1、无民事行为能力或者限制民事行为能力的；2、受过刑事处罚的，但过失犯罪的除外；3、被开除公职或者被吊销律师执业证书的（第 7 条）。

申请律师执业，应当向设区的市级或者直辖市的区人民政府司法行政部门提出申请，并提交下列材料：1、国家统一司法考试合格证书；2、律师协会出具的申请人实习考核合格的材料；3、申请人的身份证明；4、律师事务所出具的同意接收申请人的证明。申请兼职律师执业的，还应当提交所在单位同意申请人兼职从事律师职业的证明。受理申请的部门应当自受理之日起 20 日内予以审查，并将审查意见和全部申请材料报送省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门。省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门应当自收到报送材料之日起 10 日内予以审核，作出是否准予执业的决定。准予执业的，向申请人颁发律师执业证书；不准予执业的，向申请人书面说明理由（第 6 条）。

《律师法》还规定，律师只能在一个律师事务所执业。律师变更执业机构的，应当申请换发律师执业证书。律师执业不受地域限制（第 10 条）。公务员不得兼任执业律师。律师担任各级人民代表大会常务委员会组成人员的，任职期间不得从事诉讼代理或者辩护业务（第 11 条）。高等院校、科研机构中从事法学教育、研究工作的人员，符合本法第 5 条规定条件的，经所在单位同意，依照本法第六条规定的程序，可以申请兼职律师执业（第 12

条）。没有取得律师执业证书的人员，不得以律师名义从事法律服务业务；除法律另有规定外，不得从事诉讼代理或者辩护业务（第 13 条）。

（二）律师事务所

《律师法》规定，律师事务所是律师的执业机构。设立律师事务所应当具备下列条件：1、有自己的名称、住所和章程；2、有符合本法规定的律师；3、设立人应当是具有一定的执业经历，且 3 年内未受过停止执业处罚的律师；4、有符合国务院司法行政部门规定数额的资产（第 14 条）。《律师法》规定，国家出资设立的律师事务所，依法自主开展律师业务，以该律师事务所的全部资产对其债务承担责任（第 20 条）。律师可以设立合伙律师事务所。合伙律师事务所可以采用普通合伙或者特殊的普通合伙形式设立。合伙律师事务所的合伙人按照合伙形式对该律师事务所的债务依法承担责任（第 15 条）。

设立律师事务所，应当向设区的市级或者直辖市的区人民政府司法行政部门提出申请，受理申请的部门应当自受理之日起 20 日内予以审查，并将审查意见和全部申请材料报送省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门。省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门应当自收到报送材料之日起 10 日内予以审核，作出是否准予设立的决定。准予设立的，向申请人颁发律师事务所执业证书；不准予设立的，向申请人书面说明理由（第 18 条）。

律师事务所应当建立健全执业管理、利益冲突审查、收费与财务管理、投诉查处、年度考核、档案管理等制度，对律师在执业活动中遵守职业道德、执业纪律的情况进行监督（第 23 条）。律师事务所应当于每年的年度考核后，向设区的市级或者直辖市的区人民政府司法行政部门提交本所的年度执业情况报告和律师执业考核结果（第 24 条）。律师承办业务，由律师事务所统一接受委托，与委托人签订书面委托合同，按照国家规定统一收取费用并如实入账。律师事务所和律师应当依法纳税（第 25 条）。律师事务所和律师不得以诋毁其他律师事务所、律师或者支付介绍费等不正当手段承揽业务（第 26 条）。律师事务所不得从事法律服务以外的经营活动（第 27 条）。

（三）执业律师的业务和权利、义务

《律师法》规定了律师可以从事下列业务，1、接受自然人、法人或者其他组织的委托，担任法律顾问；2、接受民事案件、行政案件当事人的委托，担任代理人，参加诉讼；3、接受刑事案件犯罪嫌疑人的委托，为其提供法律咨询，代理申诉、控告，为被逮捕的犯罪嫌疑人申请取保候审，接受犯罪嫌疑人、被告人的委托或者人民法院的指定，担任辩护人，接受自诉案件自诉人、公诉案件被害人或者其近亲属的委托，担任代理人，参加诉讼；4、接受委托，代理各类诉讼案件的申诉；5、接受委托，参加调解、仲裁活动；6、接受委

托，提供非诉讼法律服务；7、解答有关法律的询问、代写诉讼文书和有关法律事务的其他文书（第 28 条）。

《律师法》分别就律师从事的业务，规定了应当履行的义务：律师担任法律顾问的，应当按照约定为委托人就有关法律问题提供意见，草拟、审查法律文书，代理参加诉讼、调解或者仲裁活动，办理委托的其他法律事务，维护委托人的合法权益（第 29 条）。律师担任诉讼法律事务代理人或者非诉讼法律事务代理人的，应当在受委托的权限内，维护委托人的合法权益（第 30 条）。律师担任辩护人的，应当根据事实和法律，提出犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益（第 31 条）。

委托人可以拒绝已委托的律师为其继续辩护或者代理，同时可以另行委托律师担任辩护人或者代理人。律师接受委托后，无正当理由的，不得拒绝辩护或者代理。但是，委托事项违法、委托人利用律师提供的服务从事违法活动或者委托人故意隐瞒与案件有关的重要事实的，律师有权拒绝辩护或者代理（第 32 条）。

犯罪嫌疑人被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起，受委托的律师凭律师执业证书、律师事务所证明和委托书或者法律援助公函，有权会见犯罪嫌疑人、被告人并了解有关案件情况。律师会见犯罪嫌疑人、被告人，不被监听（第 33 条）。

受委托的律师自案件审查起诉之日起，有权查阅、摘抄和复制与案件有关的诉讼文书及案卷材料。受委托的律师自案件被人民法院受理之日起，有权查阅、摘抄和复制与案件有关的所有材料（第 34 条）。

受委托的律师根据案情的需要，可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据或者申请人民法院通知证人出庭作证。律师自行调查取证的，凭律师执业证书和律师事务所证明，可以向有关单位或者个人调查与承办法律事务有关的情况（第 35 条）。

律师担任诉讼代理人或者辩护人的，其辩论或者辩护的权利依法受到保障第 36 条）。

律师在执业活动中的人身权利不受侵犯。律师在法庭上发表的代理、辩护意见不受法律追究。但是，发表危害国家安全、恶意诽谤他人、严重扰乱法庭秩序的言论除外。律师在参与诉讼活动中因涉嫌犯罪被依法拘留、逮捕的，拘留、逮捕机关应当在拘留、逮捕实施后的 24 小时内通知该律师的家属、所在的律师事务所以及所属的律师协会（第 37 条）。

律师应当保守在执业活动中知悉的国家秘密、商业秘密，不得泄露当事人的隐私。律师对在执业活动中知悉的委托人和其他人不愿泄露的情况和信息，应当予以保密。但是，委托

人或者其他人准备或者正在实施的危害国家安全、公共安全以及其他严重危害他人人身、财产安全的犯罪事实和信息除外（第 38 条）。

律师不得在同一案件中为双方当事人担任代理人，不得代理与本人或者其近亲属有利益冲突的法律事务（第 39 条）。

律师在执业活动中不得有下列行为：1、私自接受委托、收取费用，接受委托人的财物或者其他利益；2、利用提供法律服务的便利牟取当事人争议的权益；3、接受对方当事人的财物或者其他利益，与对方当事人或者第三人恶意串通，侵害委托人的权益；4、违反规定会见法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员；5、向法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员行贿，介绍贿赂或者指使、诱导当事人行贿，或者以其他不正当方式影响法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员依法办理案件；6、故意提供虚假证据或者威胁、利诱他人提供虚假证据，妨碍对方当事人合法取得证据；7、煽动、教唆当事人采取扰乱公共秩序、危害公共安全等非法手段解决争议；8、扰乱法庭、仲裁庭秩序，干扰诉讼、仲裁活动的正常进行（第 42 条）。

曾经担任法官、检察官的律师，从人民法院、人民检察院离任后 2 年内，不得担任诉讼代理人或者辩护人（第 41 条）。

（四）律师协会

《律师法》规定，律师协会是社会团体法人，是律师的自律性组织。全国设立中华全国律师协会，省、自治区、直辖市设立地方律师协会，设区的市根据需要可以设立地方律师协会（第 43 条）。

全国律师协会章程由全国会员代表大会制定，报国务院司法行政部门备案。地方律师协会章程由地方会员代表大会制定，报同级司法行政部门备案。地方律师协会章程不得与全国律师协会章程相抵触（第 44 条）。

律师、律师事务所应当加入所在地的地方律师协会。加入地方律师协会的律师、律师事务所，同时是全国律师协会的会员。律师协会会员享有律师协会章程规定的权利，履行律师协会章程规定的义务（第 45 条）。

律师协会应当履行下列职责：1、保障律师依法执业，维护律师的合法权益；2、总结、交流律师工作经验；3、制定行业规范和惩戒规则；4、组织律师业务培训和职业道德、执业纪律教育，对律师的执业活动进行考核；5、组织管理申请律师执业人员的实习活动，对实习人员进行考核；6、对律师、律师事务所实施奖励和惩戒；7、受理对律师的投诉或者举报，调解律师执业活动中发生的纠纷，受理律师的申诉；8、法律、行政法规、规章以及律

师协会章程规定的其他职责。律师协会制定的行业规范和惩戒规则，不得与有关法律、行政法规、规章相抵触（第 43 条）。

（五）法律援助

律师、律师事务所应当按照国家规定履行法律援助义务，为受援人提供符合标准的法律服务，维护受援人的合法权益（第 42 条）。

《法律援助条例》于 2003 年 7 月 16 日由国务院第 15 次常务会议通过，自 2003 年 9 月 1 日起施行。《条例》规定，法律援助是政府的责任，县级以上人民政府应当采取积极措施推动法律援助工作，为法律援助提供财政支持，保障法律援助事业与经济、社会协调发展。法律援助经费应当专款专用，接受财政、审计部门的监督（第 3 条）。

公民对下列需要代理的事项，因经济困难没有委托代理人的，可以向法律援助机构申请法律援助：1、依法请求国家赔偿的；2、请求给予社会保险待遇或者最低生活保障待遇的；3、请求发给抚恤金、救济金的；4、请求给付赡养费、抚养费、扶养费的；5、请求支付劳动报酬的；6、主张因见义勇为行为产生的民事权益的。省、自治区、直辖市人民政府可以对前款规定以外的法律援助事项作出补充规定（第 10 条）。

刑事诉讼中有下列情形之一的，公民可以向法律援助机构申请法律援助：1、犯罪嫌疑人在被侦查机关第一次讯问后或者采取强制措施之日起，因经济困难没有聘请律师的；2、公诉案件中的被害人及其法定代理人或者近亲属，自案件移送审查起诉之日起，因经济困难没有委托诉讼代理人的；3、自诉案件的自诉人及其法定代理人，自案件被人民法院受理之日起，因经济困难没有委托诉讼代理人的（第 11 条）。公诉人出庭公诉的案件，被告人因经济困难或者其他原因没有委托辩护人，人民法院为被告人指定辩护时，法律援助机构应当提供法律援助。被告人是盲、聋、哑人或者未成年人而没有委托辩护人的，或者被告人可能被判处死刑而没有委托辩护人的，人民法院为被告人指定辩护时，法律援助机构应当提供法律援助，无须对被告人进行经济状况的审查（第 12 条）。

法律援助机构可以指派律师事务所安排律师或者安排本机构的工作人员办理法律援助案件；也可以根据其他社会组织的要求，安排其所属人员办理法律援助案件。对人民法院指定辩护的案件，法律援助机构应当在开庭 3 日前将确定的承办人员名单回复作出指定的人民法院（第 21 条）。办理法律援助案件的人员，应当遵守职业道德和执业纪律，提供法律援助不得收取任何财物（第 22 条）。

最高人民法院、司法部于 2005 年发布了《关于民事诉讼法律援助工作的规定》。最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部于 2013 年发布了《关于刑事诉讼法律援助工

作的规定》。司法部于2012年制定了《办理法律援助案件程序规定》，自2012年7月1日起施行。

（六）法律责任

《律师法》规定了律师、律师事务所的法律责任。律师有下列行为之一的，由设区的市级或者直辖市的区人民政府司法行政部门给予警告，可以处5千元以下的罚款；有违法所得的，没收违法所得；情节严重的，给予停止执业3个月以下的处罚：1、同时在两个以上律师事务所执业的；2、以不正当手段承揽业务的；3、在同一案件中为双方当事人担任代理人，或者代理与本人及其近亲属有利益冲突的法律事务的；4、从人民法院、人民检察院离任后2年内担任诉讼代理人或者辩护人的；5、拒绝履行法律援助义务的（第47条）。

律师有下列行为之一的，由设区的市级或者直辖市的区人民政府司法行政部门给予警告，可以处1万元以下的罚款；有违法所得的，没收违法所得；情节严重的，给予停止执业3个月以上6个月以下的处罚：1、私自接受委托、收取费用，接受委托人财物或者其他利益的；2、接受委托后，无正当理由，拒绝辩护或者代理，不按时出庭参加诉讼或者仲裁的；3、利用提供法律服务的便利牟取当事人争议的权益的；4、泄露商业秘密或者个人隐私的（第48条）。

律师有下列行为之一的，由设区的市级或者直辖市的区人民政府司法行政部门给予停止执业6个月以上1年以下的处罚，可以处5万元以下的罚款；有违法所得的，没收违法所得；情节严重的，由省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门吊销其律师执业证书；构成犯罪的，依法追究刑事责任：1、违反规定会见法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员，或者以其他不正当方式影响依法办理案件的；2、向法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员行贿，介绍贿赂或者指使、诱导当事人行贿的；3、向司法行政部门提供虚假材料或者有其他弄虚作假行为的；4、故意提供虚假证据或者威胁、利诱他人提供虚假证据，妨碍对方当事人合法取得证据的；5、接受对方当事人财物或者其他利益，与对方当事人或者第三人恶意串通，侵害委托人权益的；6、扰乱法庭、仲裁庭秩序，干扰诉讼、仲裁活动的正常进行的；7、煽动、教唆当事人采取扰乱公共秩序、危害公共安全等非法手段解决争议的；8、发表危害国家安全、恶意诽谤他人、严重扰乱法庭秩序的言论的；9、泄露国家秘密的。律师因故意犯罪受到刑事处罚的，由省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门吊销其律师执业证书（第49条）。

律师事务所有下列行为之一的，由设区的市级或者直辖市的区人民政府司法行政部门视其情节给予警告、停业整顿1个月以上6个月以下的处罚，可以处10万元以下的罚款；有

承担全部民事责任的承诺；（7）对所提供的信息、材料的真实性、完整性和准确性及中文译文与原文一致的承诺；（8）对申请获得批准后遵守中国法律、法规、规章的承诺；（9）对申请获得批准后将为代表处及其派驻代表持续购买符合要求的执业风险保险的承诺。(二)该外国律师事务所在其本国已经合法设立的证明文件；(三)该外国律师事务所的合伙协议或者成立章程以及负责人、合伙人名单；(四)该外国律师事务所给代表机构各拟任代表的授权书，以及拟任首席代表系该律师事务所合伙人或者相同职位人员的确认书；(五)代表机构各拟任代表的律师执业资格以及拟任首席代表已在中国境外执业不少于3年、其他拟任代表已在中国境外执业不少于2年的证明文件；(六)该外国律师事务所所在国的律师协会出具的该代表机构各拟任代表为本国律师协会会员的证明文件；(七)该外国律师事务所所在国的律师管理机构出具的该律师事务所以及各拟任代表没有受过刑事处罚和没有因违反律师职业道德、执业纪律受过处罚的证明文件。前款所列文件材料，应当经申请人本国公证机构或者公证人的公证、其本国外交主管机关或者外交主管机关授权的机关认证，并经中国驻该国使(领)馆认证。外国律师事务所提交的文件材料应当一式三份，外文材料应当附中文译文（第8条）。

省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门应当自收到申请文件材料之日起3个月内审查完毕,并将审查意见连同文件材料报送国务院司法行政部门审核。国务院司法行政部门应当在6个月内作出决定，对许可设立的代表机构发给执业执照，并对其代表发给执业证书；对不予许可的，应当书面告知其理由（第9条）。

代表机构及其代表，应当持执业执照、执业证书在代表机构住所地的省、自治区、直辖市司法行政部门办理注册手续后，方可开展本条例规定的法律服务活动。代表机构及其代表每年应当注册一次。省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门应当自接到注册申请之日起2日内办理注册手续（第9条）。

代表机构及其代表，只能从事不包括中国法律事务的下列活动：1、向当事人提供该外国律师事务所律师已获准从事律师执业业务的国家法律的咨询，以及有关国际条约、国际惯例的咨询；2、接受当事人或者中国律师事务所的委托，办理在该外国律师事务所律师已获准从事律师执业业务的国家的法律事务；3、代表外国当事人，委托中国律师事务所办理中国法律事务；4、通过订立合同与中国律师事务所保持长期的委托关系办理法律事务；5、提供有关中国法律环境影响的信息。代表机构按照与中国律师事务所达成的协议约定，可以直接向受委托的中国律师事务所的律师提出要求。代表机构及其代表不得从事本条第一款、第二款规定以外的其他法律服务活动或者其他营利活动（第15条）。

代表机构不得聘用中国执业律师；聘用的辅助人员不得为当事人提供法律服务（第16条）。代表机构及其代表在执业活动中，不得有下列行为：1、提供虚假证据、隐瞒事实或者威胁、利诱他人提供虚假证据、隐瞒事实以及妨碍对方当事人合法取得证据；2、利用法律服务的便利，收受当事人的财物或者其他好处；3、泄露当事人的商业秘密或者个人隐私（第17条）。代表机构的代表不得同时在两个以上代表机构担任或者兼任代表（第18条）。代表机构的代表每年在中国境内居留的时间不得少于6个月；少于6个月的，下一年度不予注册（第19条）。

五、公证制度

（一）公证的概念和目的

公证是国家公证机关根据当事人的申请，依法证明法律行为、有法律意义的文书和事实的真实性、合法性的活动。为规范公证活动，保障公证机构和公证员依法履行职责，预防纠纷，保障自然人、法人或者其他组织的合法权益，《中华人民共和国公证法》由中华人民共和国第10届全国人民代表大会常务委员会第17次会议于2005年8月28日通过，自2006年3月1日起施行。它对公证的目的，公证机关，公证处的业务，公证处的组织和领导，管辖和办理公证的程序作了明确规定，是中国目前一项重要的规定公证制度的法律。

《公证法》规定，公证是公证机构根据自然人、法人或者其他组织的申请，依照法定程序对民事法律行为、有法律意义的事实和文书的真实性、合法性予以证明的活动（第2条）。

（二）公证机关活动的基本原则

公证机关活动的基本原则，是指对整个公证活动都有指导意义的各项准则，是办理一切公证业务的依据。根据《公证法》的规定，公证机关活动的基本原则有：1、客观、公正原则；2、合法原则；3、自愿原则；4、回避原则；5、保密原则；6、便民原则；7、使用本国语言和文字的原则。

（三）公证机关的具体业务

根据自然人、法人或者其他组织的申请，公证机构办理下列公证事项：1、合同；2、继承；3、委托、声明、赠与、遗嘱；4、财产分割；5、招标投标、拍卖；6、婚姻状况、亲属关系、收养关系；7、出生、生存、死亡、身份、经历、学历、学位、职务、职称、有无违法犯罪记录；8、公司章程；9、保全证据；10、文书上的签名、印鉴、日期，文书的副本、

六、监狱

1954 年 9 月 7 日中央人民政府政务院颁布的《中华人民共和国劳动改造条例》是新中国第一部劳动改造法。1994 年 12 月 29 日第 8 届全国人民代表大会常务委员会第 11 次会议审议通过的《中华人民共和国监狱法》,是新中国颁布的第一部社会主义监狱法典。2012 年 10 月 26 日第 11 届全国人民代表大会常务委员会第 29 次会议通过《关于修改〈中华人民共和国监狱法〉的决定》进行了修正，自 2013 年 1 月 1 日起施行。

1、监狱及其对罪犯的原则和管理

《监狱法》规定，监狱是国家的刑罚执行机关。依照刑法和刑事诉讼法的规定，被判处死刑缓期两年执行、无期徒刑、有期徒刑的罪犯，在监狱内执行刑罚（第 2 条）。

监狱对罪犯实行惩罚和改造相结合、教育和劳动相结合的原则，将罪犯改造成为守法公民（第 3 条）。监狱对罪犯应当依法监管，根据改造罪犯的需要，组织罪犯从事生产劳动，对罪犯进行思想教育、文化教育、技术教育（第 4 条）。

监狱的警察依法管理监狱、执行刑罚、对罪犯进行教育改造等活动，受法律保护（第 5 条）。检察院对监狱执行刑罚的活动是否合法，依法实行监督（第 6 条）。

罪犯的人格不受侮辱，其人身安全、合法财产和辩护、申诉、控告、检举以及其他未被依法剥夺或者限制的权利不受侵犯。罪犯必须严格遵守法律、法规和监规纪律，服从管理，接受教育，参加劳动（第 7 条）。

国家保障监狱改造罪犯所需经费。监狱的人民警察经费、罪犯改造经费、罪犯生活费、狱政设施经费及其他专项经费，列入国家预算。国家提供罪犯劳动必需的生产设施和生产经费（第 8 条）。监狱依法使用的土地、矿产资源和其他自然资源以及监狱的财产，受法律保护，任何组织或者个人不得侵占、破坏（第 9 条）。

国务院司法行政部门主管全国的监狱工作（第 10 条）。监狱的设置、撤销、迁移，由国务院司法行政部门批准（第 11 条）。

监狱设监狱长一人、副监狱长若干人，并根据实际需要设置必要的工作机构和配备其他监狱管理人员。监狱的管理人员是人民警察（第 12 条）。监狱的人民警察应当严格遵守宪法和法律，忠于职守，秉公执法，严守纪律，清正廉洁（第 13 条）。监狱的人民警察不得有下列行为：1、索要、收受、侵占罪犯及其亲属的财物；2、私放罪犯或者玩忽职守造成罪犯脱逃；3、刑讯逼供或者体罚、虐待罪犯；4、侮辱罪犯的人格；5、殴打或者纵容他人殴

打罪犯；6、为谋取私利，利用罪犯提供劳务；7、违反规定，私自为罪犯传递信件或者物品；8、非法将监管罪犯的职权交予他人行使；9、其他违法行为。监狱的人民警察有前款所列行为，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚未构成犯罪的，应当予以行政处分（第 14 条）。

2、刑罚的执行

人民法院对被判处死刑缓期二年执行、无期徒刑、有期徒刑的罪犯，应当将执行通知书、判决书送达羁押该罪犯的公安机关，公安机关应当自收到执行通知书、判决书之日起 1 个月内将该罪犯送交监狱执行刑罚。罪犯在被交付执行刑罚前，剩余刑期在 3 个月以下的，由看守所代为执行（第 15 条）。

罪犯被交付执行刑罚时，交付执行的人民法院应当将人民检察院的起诉书副本、人民法院的判决书、执行通知书、结案登记表同时送达监狱。监狱没有收到上述文件的，不得收监；上述文件不齐全或者记载有误的，作出生效判决的人民法院应当及时补充齐全或者作出更正；对其中可能导致错误收监的，不予收监（第 16 条）。

监狱应当对交付执行刑罚的罪犯进行身体检查。经检查，被判处无期徒刑、有期徒刑的罪犯有下列情形之一的，可以暂不收监：1、有严重疾病需要保外就医的；2、怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女。对前款所列暂不收监的罪犯，应当由交付执行的人民法院决定暂予监外执行。对其中暂予监外执行有社会危险性的，应当收监。暂予监外执行的罪犯，由居住地公安机关执行刑罚。前款所列暂不收监的情形消失后，原判刑期尚未执行完毕的罪犯，由公安机关送交监狱收监（第 17 条）。

罪犯收监，应当严格检查其人身和所携带的物品。非生活必需品，由监狱代为保管或者征得罪犯同意退回其家属，违禁品予以没收。女犯由女性人民警察检查（第 18 条）。

罪犯不得携带子女在监内服刑（第 19 条）。罪犯收监后，监狱应当通知罪犯家属。通知书应当自收监之日起 5 日内发出（第 20 条）。

罪犯对生效的判决不服的，可以提出申诉。对于罪犯的申诉，人民检察院或者人民法院应当及时处理（第 21 条）。对罪犯提出的控告、检举材料，监狱应当及时处理或者转送公安机关或者人民检察院处理，公安机关或者人民检察院应当将处理结果通知监狱（第 22 条）。罪犯的申诉、控告、检举材料，监狱应当及时转递，不得扣压（第 23 条）。监狱在执行刑罚过程中，根据罪犯的申诉，认为判决可能有错误的，应当提请人民检察院或者人民法院处理，人民检察院或者人民法院应当自收到监狱提请处理意见书之日起 6 个月内将处理结果通知监狱（第 24 条）。

对于被判处无期徒刑、有期徒刑在监内服刑的罪犯，符合刑事诉讼法规定的监外执行条件的，可以暂予监外执行（第 25 条）。暂予监外执行，由监狱提出书面意见，报省、自治区、直辖市监狱管理机关批准。批准机关应当将批准的暂予监外执行决定通知公安机关和原判人民法院，并抄送人民检察院。人民检察院认为对罪犯适用暂予监外执行不当的，应当自接到通知之日起 1 个月内将书面意见送交批准暂予监外执行的机关，批准暂予监外执行的机关接到人民检察院的书面意见后，应当立即对该决定进行重新核查（第 26 条）。

对暂予监外执行的罪犯，依法实行社区矫正，由社区矫正机构负责执行。原关押监狱应当及时将罪犯在监内改造情况通报负责执行的社区矫正机构（第 27 条）。暂予监外执行的罪犯具有刑事诉讼法规定的应当收监的情形的，社区矫正机构应当及时通知监狱收监；刑期届满的，由原关押监狱办理释放手续。罪犯在暂予监外执行期间死亡的，社区矫正机构应当及时通知原关押监狱（第 28 条）。

被判处无期徒刑、有期徒刑的罪犯，在服刑期间确有悔改或者立功表现的，根据监狱考核的结果，可以减刑。有下列重大立功表现之一的，应当减刑：1、阻止他人重大犯罪活动的；2、检举监狱内外重大犯罪活动，经查证属实的；3、有发明创造或者重大技术革新的；4、在日常生产、生活中舍己救人的；5、在抗御自然灾害或者排除重大事故中，有突出表现的；6、对国家和社会有其他重大贡献的（第 29 条）。

减刑建议由监狱向人民法院提出，人民法院应当自收到减刑建议书之日起 1 个月内予以审核裁定；案情复杂或者情况特殊的，可以延长 1 个月。减刑裁定的副本应当抄送人民检察院（第 30 条）。

被判处死刑缓期二年执行的罪犯，在死刑缓期执行期间，符合法律规定的减为无期徒刑、有期徒刑条件的，2 年期满时，所在监狱应当及时提出减刑建议，报经省、自治区、直辖市监狱管理机关审核后，提请高级人民法院裁定（第 31 条）。

被判处无期徒刑、有期徒刑的罪犯，符合法律规定的假释条件的，由监狱根据考核结果向人民法院提出假释建议，人民法院应当自收到假释建议书之日起 1 个月内予以审核裁定；案情复杂或者情况特殊的，可以延长 1 个月。假释裁定的副本应当抄送人民检察院（第 32 条）。

人民法院裁定假释的，监狱应当按期假释并发给假释证明书。对被假释的罪犯，依法实行社区矫正，由社区矫正机构负责执行。被假释的罪犯，在假释考验期限内有违反法律、行政法规或者国务院有关部门关于假释的监督管理规定的行为，尚未构成新的犯罪的，社区矫正机构应当向人民法院提出撤销假释的建议，人民法院应当自收到撤销假释建议书之日起 1

个月内予以审核裁定。人民法院裁定撤销假释的，由公安机关将罪犯送交监狱收监（第 33 条）。

对不符合法律规定的减刑、假释条件的罪犯，不得以任何理由将其减刑、假释。人民检察院认为人民法院减刑、假释的裁定不当，应当依照刑事诉讼法规定的期间向人民法院提出书面纠正意见。对于人民检察院提出书面纠正意见的案件，人民法院应当重新审理（第 34 条）。

罪犯服刑期满，监狱应当按期释放并发给释放证明书（第 35 条）。罪犯释放后，公安机关凭释放证明书办理户籍登记（第 36 条）。对刑满释放人员，当地人民政府帮助其安置生活。刑满释放人员丧失劳动能力又无法定赡养人、扶养人和基本生活来源的，由当地人民政府予以救济（第 37 条）。刑满释放人员依法享有与其他公民平等的权利（第 38 条）。

3、狱政管理

《监狱法》对罪犯的押管、警戒、戒具和武器的使用、通信和会见、生活和卫生、奖惩以及对罪犯服刑期间犯罪的处理都作了规定。

监狱对成年男犯、女犯和未成年犯实行分开关押和管理，对未成年犯和女犯的改造，应当照顾其生理、心理特点。监狱根据罪犯的犯罪类型、刑罚种类、刑期、改造表现等情况，对罪犯实行分别关押，采取不同方式管理（第 39 条）。女犯由女性人民警察直接管理（第 40 条）。

监狱的武装警戒由人民武装警察部队负责，具体办法由国务院、中央军事委员会规定（第 41 条）。监狱发现在押罪犯脱逃，应当即时将其抓获，不能即时抓获的，应当立即通知公安机关，由公安机关负责追捕，监狱密切配合（第 42 条）。监狱根据监管需要，设立警戒设施。监狱周围设警戒隔离带，未经准许，任何人不得进入（第 43 条）。监区、作业区周围的机关、团体、企业事业单位和基层组织，应当协助监狱做好安全警戒工作（第 44 条）。

监狱遇有下列情形之一的，可以使用戒具：1、罪犯有脱逃行为的；2、罪犯有使用暴力行为的；3、罪犯正在押解途中的；4、罪犯有其他危险行为需要采取防范措施的。前款所列情形消失后，应当停止使用戒具（第 45 条）。人民警察和人民武装警察部队的执勤人员遇有下列情形之一，非使用武器不能制止的，按照国家有关规定，可以使用武器：1、罪犯聚众骚乱、暴乱的；2、罪犯脱逃或者拒捕的；3、罪犯持有凶器或者其他危险物，正在行凶或者破坏，危及他人生命、财产安全的；4、劫夺罪犯的；5、罪犯抢夺武器的。使用武器的人员，应当按照国家有关规定报告情况（第 46 条）。

罪犯在服刑期间可以与他人通信，但是来往信件应当经过监狱检查。监狱发现有碍罪犯改造内容的信件，可以扣留。罪犯写给监狱的上级机关和司法机关的信件，不受检查（第47条）。罪犯在监狱服刑期间，按照规定，可以会见亲属、监护人（第48条）。罪犯收受物品和钱款，应当经监狱批准、检查（第49条）。

罪犯的生活标准按实物量计算，由国家规定（第50条）。罪犯的被服由监狱统一配发（第51条）。对少数民族罪犯的特殊生活习惯，应当予以照顾（第52条）。罪犯居住的监舍应当坚固、通风、透光、清洁、保暖（第53条）。监狱应当设立医疗机构和生活、卫生设施，建立罪犯生活、卫生制度。罪犯的医疗保健列入监狱所在地区的卫生、防疫计划（第54条）。

罪犯在服刑期间死亡的，监狱应当立即通知罪犯家属和人民检察院、人民法院。罪犯因病死亡的，由监狱作出医疗鉴定。人民检察院对监狱的医疗鉴定有疑义的，可以重新对死亡原因作出鉴定。罪犯家属有疑义的，可以向人民检察院提出。罪犯非正常死亡的，人民检察院应当立即检验，对死亡原因作出鉴定（第55条）。

监狱应当建立罪犯的日常考核制度，考核的结果作为对罪犯奖励和处罚的依据（第56条）。罪犯有下列情形之一的，监狱可以给予表扬、物质奖励或者记功：1、遵守监规纪律，努力学习，积极劳动，有认罪伏法表现的；2、阻止违法犯罪活动的；3、超额完成生产任务的；4、节约原材料或者爱护公物，有成绩的；5、进行技术革新或者传授生产技术，有一定成效的；6、在防止或者消除灾害事故中作出一定贡献的；7、对国家和社会有其他贡献的。被判处有期徒刑的罪犯有前款所列情形之一，执行原判刑期二分之一以上，在服刑期间一贯表现好，离开监狱不致再危害社会的，监狱可以根据情况准其离监探亲（第57条）。

罪犯有下列破坏监管秩序情形之一的，监狱可以给予警告、记过或者禁闭：1、聚众哄闹监狱，扰乱正常秩序的；2、辱骂或者殴打人民警察的；3、欺压其他罪犯的；4、偷窃、赌博、打架斗殴、寻衅滋事的；5、有劳动能力拒不参加劳动或者消极怠工，经教育不改的；6、以自伤、自残手段逃避劳动的；7、在生产劳动中故意违反操作规程，或者有意损坏生产工具的；8、有违反监规纪律的其他行为的。依照前款规定对罪犯实行禁闭的期限为7天至15天。罪犯在服刑期间有第1款所列行为，构成犯罪的，依法追究刑事责任（第58条）。

罪犯在服刑期间故意犯罪的，依法从重处罚（第59条）。对罪犯在监狱内犯罪的案件，由监狱进行侦查。侦查终结后，写出起诉意见书，连同案卷材料、证据一并移送人民检察院（第60条）。

4、对罪犯的教育改造

《监狱法》规定，教育改造罪犯，实行因人施教、分类教育、以理服人的原则，采取集体教育与个别教育相结合、狱内教育与社会教育相结合的方法（第 61 条）。监狱应当对罪犯进行法制、道德、形势、政策、前途等内容的思想教育（第 62 条）。监狱应当根据不同情况，对罪犯进行扫盲教育、初等教育和初级中等教育，经考试合格的，由教育部门发给相应的学业证书（第 63 条）。监狱应当根据监狱生产和罪犯释放后就业的需要，对罪犯进行职业技术教育，经考核合格的，由劳动部门发给相应的技术等级证书（第 64 条）。监狱鼓励罪犯自学，经考试合格的，由有关部门发给相应的证书（第 65 条）。罪犯的文化和职业技术教育，应当列入所在地区教育规划。监狱应当设立教室、图书阅览室等必要的教育设施（第 66 条）。

监狱应当组织罪犯开展适当的体育活动和文化娱乐活动（第 67 条）。国家机关、社会团体、部队、企业事业单位和社会各界人士以及罪犯的亲属，应当协助监狱做好对罪犯的教育改造工作（第 68 条）。有劳动能力的罪犯，必须参加劳动（第 69 条）。监狱根据罪犯的个人情况，合理组织劳动，使其矫正恶习，养成劳动习惯，学会生产技能，并为释放后就业创造条件（第 70 条）。监狱对罪犯的劳动时间，参照国家有关劳动工时的规定执行；在季节性生产等特殊情况下，可以调整劳动时间。罪犯有在法定节日和休息日休息的权利（第 71 条）。监狱对参加劳动的罪犯，应当按照有关规定给予报酬并执行国家有关劳动保护的规定（第 72 条）。罪犯在劳动中致伤、致残或者死亡的，由监狱参照国家劳动保险的有关规定处理（第 73 条）。

对未成年犯应当在未成年犯管教所执行刑罚（第 74 条）。对未成年犯执行刑罚应当以教育改造为主。未成年犯的劳动，应当符合未成年人的特点，以学习文化和生产技能为主。监狱应当配合国家、社会、学校等教育机构，为未成年犯接受义务教育提供必要的条件（第 75 条）。未成年犯年满 18 周岁时，剩余刑期不超过 2 年的，仍可以留在未成年犯管教所执行剩余刑期（第 76 条）。对未成年犯的管理和教育改造，本章未作规定的，适用本法的有关规定（第 77 条）。

第四章　刑法

第一节　概述

一、刑法的概念

刑法是规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律。在中国刑法理论上的正规定义认为，刑法是掌握政权的统治阶级，为了维护本阶级政治统治和经济利益，根据自己的意志，以国家的名义制定哪些行为是犯罪，并给犯罪人以何种刑罚处罚的法律规范的总称。

刑法既包括刑法典、刑法修正案，又包括单行刑事法律以及非刑事法律中的刑事责任条款。目前中国刑法包括 1979 年颁布，1997 年 3 月 14 日修订的《刑法》，1999 年 12 月 25 日通过的《刑法修正案（一）》，2001 年 8 月 31 日通过的《刑法修正案（二）》，2001 年 12 月 29 日通过的《刑法修正案（三）》，2002 年 12 月 28 日通过的《刑法修正案四）》，2005 年 2 月 28 日通过《刑法修正案（五）》，2006 年 6 月 29 日通过的《刑法修正案（六）》，2009 年 2 月 28 日通过的《刑法修正案（七）》和 2011 年 2 月 25 日通过的《刑法修正案（八）》。单行刑法，如 1998 年 12 月 29 日通过的《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》以及附属刑法（即非刑事法律中有关犯罪及其处罚的规定）。

二、刑法的基本原则

（一）刑法基本原则的概念

刑法基本原则问题是刑事立法和刑事司法中一个带有全局性、根本性的问题。它是指贯穿全部刑法规范、 具有指导和制约全部刑事立法和刑事司法意义，并体现中国刑事法制的基本精神的准则。中国刑法确认的基本原则有罪刑法定原则、 适用刑法人人平等原则、 罪责刑相适应原则。刑法基本原则既然是贯穿于全部刑法规范和刑法适用中的准则， 是刑事法制基本精神的集中体现，它们对刑事立法和刑事司法所具有的巨大指导意义。

（二）罪刑法定原则

罪刑法定原则的含义是，什么是犯罪，有哪些犯罪， 各种犯罪构成条件是什么，有哪些刑种，各个刑种如何适用，以及各种具体罪的具体量刑幅度如何等，均由刑法加以规定。对于刑法分则没有明文规定为犯罪的行为，不得罪处罚。刑法定主义有 4 个派生原则，即排斥习惯法；排斥绝对不定期刑；禁止有罪类推；禁止重法溯及既往。有的学者还进一步提出明确性原则、严格解释原则、实体的正当程序原则等。

中国 1979 年刑法没有明确规罪刑法定原则，并于第 79 条规定了有罪类推制度。当时在理论上，对于中国刑法是否采用了罪刑法定原则，曾存在不同的认识和理解。1997 年中国修订刑法之前，中国刑法基本上实行了罪刑法定原则，这一原则从刑法关于犯罪的概念，罪与非罪、 此罪与彼罪的界限， 犯罪构成的一般要件和具体犯罪构成要件，以及法定刑等立法内容中得到了体现。但是，当时中国刑法对罪刑法定原则的认可程度不足。1997 年 3 月修订的刑法，明文规定了罪刑法定原则，并废止类推。

《刑法》第 3 条规定，法律明文规定为犯罪行为的，依照法律罪处刑；法律没明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑。

刑法规定的罪刑法定原则要付诸实现，有赖于司法机关实际的执法活动。 从中国的司法实践来看，切实贯彻执行罪刑法定原则，必须注意以下几个问题：

1、正确认犯罪和判处刑罚。对于刑法明文规定的各种犯罪， 司法机关必须以事实为根据，以法律为准绳，认真把握犯罪的本质特征和犯罪构成的具体要件，严格区分罪与非罪、此罪与彼罪的界限，做到定性准确，不枉不纵，于法有据，名副其实。对各种犯罪的量刑，亦必须严格以法定刑及法定情节为依据。

2、正确进行司法解释。对于刑法规不够具体的犯罪，最高司法机关通过进行司法解释，指导具体的罪量刑活动，这对于弥补立法的不足，统一规范和指导司法实务，具有重要的意义。但是，进行司法解释不能超越其应有的权限，无论是扩张解释，还是限制解释，都不能违反法律规定的真实意图，更不能以司法解释代替刑事立法。

（三）适用刑法人人平等原则

法律面前人人平等是中国宪法确立的社会主义法制的基本原则。宪法明确规定，任何组织或个人，“都必须遵守宪法和法律”，“都不得有超越宪法和法律的特权”，“一切违反宪法和法律的行为，必须予以追究”。《刑法》第 4 条规定，对任何人犯罪，在适用法律上一律平等。不允许任何人有超越法律的特权。这就使宪法确立的法律面前人人平等原则，结合刑法的特殊内容，化为适用刑法人人平等这样一项刑法基本原则。

适用刑法人人平等原则的含义是：对任何人犯罪，不论犯罪人的家庭出身、社会地位、职业性质、财产状况、政治面貌、才能业绩如何，都应追究刑事责任，一律平等地适用刑法，依法罪定、量刑和行刑，不允许任何人有超越法律的特权。

适用刑法人人平等原则具体体现在罪、量刑和行刑 3 个方面：

1、定罪上一律平等。任何人犯罪，无论其身份、地位等如何，一律平等对待，适用相同的罪标准。不能因为被告人地位高、功劳大而使其逍遥法外、不予定罪；也不能因为被告人是普通公民就妄加追究、任意定罪。

2、量刑上一律平等。犯相同的罪且有相同的犯罪情节的，应做到同罪同罚。虽然触犯相同的罪名，但犯罪情节不同，比如有的具有法定从重处罚的情节，有的具有法定从轻、减轻或者免除处罚的情节，从而同罪不同罚，这是合理的、正常的，并不违背量刑平等原则，因为对任何人犯罪来说，都有这样一个具体情况具体分析、针对不同情况实行区别对待的问题。但如考虑某人权势大、地位高或财大气粗而导致同罪异罚，则是违背量刑平等原则的，因为这等于承认某人享有超越法律的特权。

3、行刑上一律平等。在执行刑罚时，对于所有的受刑人平等对待，凡罪行相同、主观恶性相同的，刑罚处遇也应相同，不能考虑权势地位、富裕程度使一部分人搞特殊，对另一部分人则加以歧视。掌握法律规定的减刑、假释的条件标准也应体现平等，谁符合条件，谁不够条件，都要严格以法律为准绳，不搞亲疏贵贱。当然，罪行轻重不同、主观恶性不同、改造表现不同而给予差别处遇，这是行刑题中的应有之义，比如教育改造工作中的评分制、累进制，都体现了相同情况相同对待、不同情况区别对待的司法公正精神，这不仅不违反行刑平等的原则，恰恰是行刑平等的实质体现。

（四）罪责刑相适应原则

《刑法》第 5 条规定，刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。这条规定的就是罪责刑相适应原则。

罪责刑相适应原则的含义是，犯多大的罪，就应承担多大的刑事责任，法院也应判处其相应轻重的刑罚，做到重罪重罚，轻罪轻罚，罪刑相称，罚当其罪；在分析罪重罪轻和刑事

责任大小时，不仅要看犯罪的客观社会危害性，而且要结合考虑行为人的主观恶性和人身危险性，把握罪行和罪犯各方面因素综合体现的社会危害性程度，从而确定其刑事责任程度，适用相应轻重的刑罚。从上述含义可以看出，刑罚的轻重不是单纯地与犯罪分子所犯罪行相适应，也与犯罪分子承担的刑事责任相适应，也即在犯罪与刑罚之间通过刑事责任这个中介来调节。因此，称之为罪责刑相适应原则，比称之为罪刑相适应原则要更准确些、贴切。

中国刑法明文规定的罪责刑相适应原则，贯穿于刑法内容之中，其具体表现是：

1、确立了科学严密的刑罚体系。中国刑法总则确定了一个科学的刑罚体系，这一体系由不同的刑罚方法构成。从性质上区分，包括生命刑、自由刑、财产刑、资格刑；从程度上划定，有重刑也有轻刑；从种类上分，有主刑和附加刑。各种刑罚方法相互区别又互相衔接，能够根据犯罪的各种情况灵活地运用，从而为刑事司法实现罪责刑相适应奠定了基础。

2、规定了区别对待的处罚原则。中国刑法总则根据各种行为的社会危害性程度和人身危险性的大小，规定了轻重有别的处罚原则。

3、设置了轻重不同的法定刑幅度。中国刑法分则不仅根据犯罪的性质和危害程度，建立了一个犯罪体系，而且还为各种具体犯罪规定了可以分割、能够伸缩、幅度较大的法定刑。这就使得司法机关可以根据犯罪的性质、罪行的轻重、犯罪入主观恶性的大小，依法判处适当的刑罚。

根据罪责刑相适应原则的基本要求，结合中国刑事司法实践情况，司法机关在贯彻这一原则时，应当着重解决以下问题：

1、纠正重罪轻量刑的错误倾向，把量刑与定罪置于同等重要的地位。中国审判机关在刑事审判活动中，一贯重视对案件的定性，而对量刑工作的重要性，部分法官则重视不够。

2、纠正重刑主义的错误思想，强化量刑公正的执法观念。由于种种复杂的历史和现实的原因，作为封建刑法思想重要表现之一的重刑主义传统，至今在一部分国民中还根深蒂固。这种思想也在一定程度上反映在刑事审判工作中。一些法官崇尚重刑，迷信重刑的功能，认为刑罚愈重愈能有效地遏制犯罪。特别是在社会治安不好的时期，重刑主义观念表现尤为突出。

3、纠正不同法院量刑轻重悬殊的现象，实现执法中的平衡和协调统一。按照罪责刑相适应原则的要求，类似的案件在处理的轻重上应基本相同。但是，从中国的实际情况来看，不同法院在对类似案件的处理上轻重悬殊的现象却相当普遍。

第二节　犯罪与犯罪构成

一、犯罪的概念与特征

犯罪的概念，是指对犯罪的各种内在、外在特征的高度概括。中国刑法中犯罪的概念是在法律特征与本质特征相统一的基础上确定的。《刑法》第 13 条规定，一切危害国家主权、领土完整和安全，分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度，破坏社会秩序和经济秩序，侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产，侵犯公民私人所有的财产，侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利，以及其他危害社会的行为，依照法律应当受到刑罚处罚的，都是犯罪，但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。根据这一规定，犯罪具有以下 3 个基本特征：

第一，犯罪具有严重的社会危害性。犯罪具有严重的社会危害性，即犯罪是严重危害社会的行为，这是犯罪的本质特征。一个行为是否是犯罪首先取决于该行为是否具有社会危害性，即是否对社会关系造成实际危害或者现实威胁。其次要考查行为的社会危害性程度。并非具有社会危害性的行为都是犯罪。根据中国刑法规定，只有社会危害性达到严重程度的，才能构成犯罪。

第二，犯罪具有刑事违法性。刑事违法性，是指犯罪行为是违反刑法的行为，这是犯罪的法律特征。行为的社会危害性必须达到违反刑法的程度，才能构成犯罪。即使某一行为具有严重的社会危害性，但只要没有违反刑法，就不是犯罪。因此，犯罪是严重社会危害性与刑事违法性的统一。

第三，犯罪具有应受刑罚惩罚性。应受刑罚惩罚性，是指犯罪行为是应当受刑罚处罚的行为。应受刑罚处罚是犯罪行为的法律后果。刑罚是最严厉的制裁方法，它不仅可以剥夺人的自由、财产，甚至可以剥夺人的生命，因而严重危害社会和违反刑法的行为，应当受到刑罚处罚。

犯罪的上述三个特征是紧密结合，有机统一的。行为具有严重的社会危害性是刑事违法性的基础，刑事违法性是严重社会危害性在刑法上的表现，应受刑罚处罚性则是对具有严重社会危害性与刑事违法性的否定评价。

二、犯罪构成

中国刑法中的犯罪构成，是指刑法规定的，决定某一行为的社会危害性及其程度，而为该行为构成犯罪所必须具备的一切主观要件与客观要件的统一。

犯罪构成是由刑法加以规定的，诸多事实特征必须经过法律的选择，才能成为犯罪构成的要件。在中国，刑法总则与分则均规定了犯罪构成，总则规定了一切犯罪必须具备的共同要件，分则规定具体犯罪所需的特别要件。同时，犯罪构成是决定某一具体行为的社会危害性及其程度而为该行为构成犯罪所必须具备的一系列主客观要件有机统一的整体。

犯罪构成包含一系列犯罪成立所必须具备的基本要素，这些要素统称为犯罪构成的要件。犯罪构成的要件分为某一特定犯罪成立必须具备的具体要件和任何犯罪成立都必须具备的共同要件。刑法总论中主要研究犯罪构成的共同要件。根据中国刑法规定，犯罪构成的要件包括 4 个方面：犯罪主体、犯罪主观方面、犯罪客观方面与犯罪的客体。

（一）犯罪主体

1、犯罪主体的概念。中国刑法中的犯罪主体，是指实施危害社会的行为、依法应当负刑事责任的自然人和单位。自然人主体是中国刑法中最基本的、具有普遍意义的犯罪主体。单位作为犯罪主体则以刑法分则的规定为限。自然人犯罪主体，是指具备刑事责任能力，实施危害社会的行为并依法应负刑事责任的人。当自然人作为犯罪主体时，必须具备两个条件：一是犯罪主体必须是有生命的人。自然人的人格即资格，始于出生，终于死亡。二是作为自然人的犯罪主体必须具备刑事责任能力。无责任能力的行为人即使实施了有害于社会的行为，也不能成为犯罪主体。有刑事责任能力的人利用无责任能力的人实施犯罪的，利用者才是犯罪主体。刑事责任能力是犯罪主体的核心和关键要件。

2、影响刑事责任能力的因素。与刑事责任能力有关的因素包括人的年龄情况、精神状况和重要的生理功能状况等。刑法关于这些因素及其作用的规定，成为犯罪主体部分研究的主要内容。

（1）刑事责任年龄。刑事责任年龄简称责任年龄，是指法律所规定的行为人对自己实施的刑法所禁止的危害社会行为负刑事责任必须达到的年龄。中国《刑法》第 17 条对责任年龄作了较为集中的规定，把刑事责任年龄划分为 3 个阶段。

一是完全不负刑事责任年龄阶段。根据中国刑法，不满 14 周岁的人，无论实施了什么样的危害社会的行为，都不负刑事责任。这主要是考虑到，不满 14 周岁的人受生理和智力条件的限制，一般来说，还不具备辨认和控制自己行为的能力。但对于因不满 14 周岁而不予刑事处罚的实施了危害社会的人，应依法责令其家长或者监护人加以管教，也可视需要对接近 14 周岁的人由政府收容教养。

二是相对负刑事责任年龄阶段。已满 14 周岁不满 16 周岁，是相对负刑事责任年龄阶段。这个年龄阶段的人，已经具备了一定的辨别大是大非和控制自己重大行为的能力，因此，法律要求其对某些严重危害社会的行为，即“故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪”负刑事责任（根据 2002 年 3 月的《最高法院、最高检察院关于执行〈刑法〉确定罪名的补充规定》，取消投毒罪，将其修改为投放危险物质罪）。此年龄阶段的人如果实施上述八种犯罪以外的犯罪行为不负刑事责任。同样，对因不满 16 周岁而不予刑事处罚的实施了危害社会的行为的未成年人，依法应责令其家长或者监护人加以管教，在必要时可由政府收容教养。

三是完全负刑事责任年龄阶段。中国刑法规定，已满 16 周岁的人进入完全负刑事责任年龄阶段。这一阶段的人体力和智力有相当的发展，一般已能够根据国家法律和社会道德规范的要求来约束自己。因此，中国刑法认为已满 16 周岁的人应当对自己实施的刑法所禁止的一切危害行为承担刑事责任。同时考虑到未成年人犯罪的特殊性，中国刑法在对未成年人犯罪案件的处理上采取两条重要的原则，即从宽处罚原则和不适用死刑原则。

（2）精神障碍。行为人即使达到负刑事责任的年龄，如果存在精神障碍，也可能影响其刑事责任能力。《刑法》第 18 条第 1 款至第 3 款专门规定了精神病人的刑事责任问题：首先，精神病人在不能辨认或者控制自己行为的时候造成危害结果，经法定程序鉴定确认的，不负刑事责任。认定精神障碍者为无责任能力人，必须同时具备两个标准，即从医学角度看，行为人是基于精神病理的作用而实施特定危害社会行为的精神病人；从心理学、法学的角度看，患有精神病的行为人的危害行为，不但是由精神病理机制直接引起的，而且由于精神病理的作用，使其行为时丧失了辨认或者控制自己行为的能力。尽管无责任能力的精神障碍者不负刑事责任，但是应当责令他的家属或者监护人严加看管和医疗；在必要的时候，也可以由政府强制医疗。其次，精神正常时期的“间歇性精神病人”和大多数非精神病性精神障碍人应完全负刑事责任。再次，尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人犯罪的，应当负刑事责任，但是可以从轻或者减轻处罚。

（3）生理功能丧失。《刑法》第 19 条规定，又聋又哑的人或者盲人犯罪，可以从轻、减轻或者免除处罚。这一规定意味着，聋哑人、盲人实施刑法禁止的危害行为的，构成犯罪，应当负刑事责任，但可以从轻、减轻或者免除处罚。

（4）醉酒。醉酒主要包括生理性醉酒和病理性醉酒两类情况，病理性醉酒属于精神病的范畴，按照有关精神病人的刑事责任能力原则处理。而对于生理性醉酒，则不管行为人在行为时是否具有辨认或者控制自己行为的能力，都要求行为人负刑事责任。不过，对醉酒犯

罪案件处罚时，应当注意到行为人在醉酒前有无犯罪预谋，行为人对醉酒有无故意、过失等情况，予以轻重不同的处罚，以使刑罚与犯罪的醉酒人的责任能力程度及其犯罪的危害程度相适应。

3、犯罪主体的特殊身份。以刑法是否要求犯罪主体具备特定身份为要件，自然人犯罪主体分为一般主体和特殊主体。刑法规定以特殊身份作为犯罪成立要件的主体，称为特殊主体。在中外刑法理论上，通常还将以特殊身份作为主体构成要件或者加重和减轻刑罚根据的犯罪称为身份犯。

4、单位犯罪。《刑法》第30条规定某些单位可以成为犯罪主体。单位作为犯罪主体的犯罪，称为单位犯罪，即由公司、企业、事业单位、机关、团体实施的应当承担刑事责任的危害社会的行为。对单位犯罪，一般采取双罚制，即在对单位判处罚金的同时，对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚。但是，当刑法分则和其他法律（特别刑法）另有规定时，则采取单罚制。

（二）犯罪主观方面

犯罪主观方面，是指犯罪主体对自己实施的危害行为及危害社会的结果所持的心理态度。犯罪主观方面主要包括犯罪故意和犯罪过失两个方面。

犯罪的故意，是指行为人明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望或者放任这种结果发生的一种主观心理态度。按照行为人对危害结果所持的心理态度不同，刑法理论上将犯罪故意区分为直接故意与间接故意两种类型。犯罪的直接故意，是指行为人明知自己的行为必然或者可能发生危害社会的结果，并且希望这种结果发生的心理态度。如故意举枪近距离向被害人头部射击时，行为人的心理状态就是直接故意。犯罪的间接故意，是指行为人明知自己的行为可能发生危害社会的结果，并且放任这种结果发生的心理态度。在司法实践中，犯罪的间接故意大致有三种情况：一是行为人追求某一犯罪目的而放任另一危害结果的发生；二是行为人追求一个非犯罪目的而放任某种危害结果的发生；三是突发性犯罪，不计后果，放任严重结果的发生。

犯罪的过失是指行为人应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果，因为疏忽大意而没有遇见或者已经预见而轻信能够避免的一种心理态度。按照犯罪过失心理态度的不同内容，刑法理论上将犯罪的过失分为过于自信的过失与疏忽大意的过失两种类型。过于自信的过失，是指行为人预见到自己的行为可能发生危害社会的结果，但轻信能够避免，以致发生这种结果的心理态度。疏忽大意的过失，是指行为人应当预见到自己的行为可能发生危害社会的结果，因为疏忽大意而没有预见，以致发生这种结果的心理态度。

犯罪的过于自信的过失心理与间接故意的心理虽然都预见到行为可能发生危害社会的结果，且都不希望这种结果的发生，但二者是性质截然不同的两种罪过形式，有明显的区别：首先，认识因素上有所不同。二者虽然都是预见到行为发生危害结果的可能性，但他们对这种可能性是否转化为现实性即实际上发生危害结果的主观估计是不同的。其次，意志因素上不同。间接故意的行为人虽不希望结果发生，但也不反对、不排斥危害结果的发生。过于自信过失的行为人，不仅不希望危害结果发生，而且希望避免这种结果发生。

犯罪的故意和犯罪的过失是犯罪主观方面研究的基本内容。此外，由于不能预见的原因引起损害结果的意外事件，犯罪的目的和动机以及行为人对自己的行为在刑法上的性质、后果和有关的事实情况的认识错误也通常在主观方面加以研究。

（三）犯罪客观方面

犯罪客观方面，又称犯罪的客观要件，是指刑法所规定的、说明行为对刑法所保护的社会关系造成侵害的客观外在事实特征。犯罪客观方面主要包括危害行为、危害结果、危害行为与危害结果之间的因果关系以及犯罪的时间、地点、方法。其中危害行为是犯罪客观方面研究的核心。

危害行为专指犯罪构成的客观方面的行为，即由行为人的意识、意志支配的违反刑法规定的危害社会的身体动静。危害行为首先必须是自然人或者单位实施的行为。其次，人的意识与人的身体动静之间存在因果关系，前者为原因，后者为结果。再次，危害行为是对社会有危害的行为。最后，危害行为还必须是违反刑法规范的行为。只有既具备社会危害性，又违反刑法规范的行为，才属于刑法中的危害行为。

刑法中的危害行为的具体表现形式多种多样，但归纳起来不外乎两类，即作为与不作为。作为指行为人以积极的身体动作，实施刑法规范所禁止的行为，即“不当为而为”。在刑法中多数犯罪以作为方式构成。不作为指行为人负有实施某种积极行为的特定义务，且能够履行而不履行该种义务的行为，即“当为而不为”。构成刑法中的不作为，必须具备三个条件：一是行为人负有实施某种积极行为的特定义务。这是成立不作为的前提条件。关于特定义务的根据，主要有法律明文规定的义务，行为人的职务上或者业务上要求履行的义务以及行为人先行行为产生的义务。二是行为人有履行特定义务的可能性。行为人虽然具有实施某种积极行为的义务，但是由于某种客观原因存在，而根本不可能履行的，则不能成立刑法中的不作为。三是行为人不履行特定义务，并对社会关系构成严重的威胁或者已经造成实际损害。

（四）犯罪客体

所谓犯罪客体，是指中国刑法所保护的、为犯罪行为所侵害的社会关系。犯罪客体是犯罪构成不可缺少的条件之一。

犯罪客体可以从不同角度、用不同标准划分为不同的种类。按照犯罪客体所包含的社会关系的层次的不同，犯罪客体可以分为一般客体、同类客体和直接客体。犯罪的一般客体，又称犯罪的共同客体，是指一切犯罪行为所共同侵犯的客体，也就是中国刑法所保护的社会关系的整体。犯罪的同类客体，是指某一类犯罪行为所共同侵犯的客体，亦即刑法所保护的社会关系的某一部分或者某一方面。犯罪的直接客体，是指某一特定犯罪所直接侵犯的客体，亦即某一特定犯罪所直接侵犯的某种具体的社会关系。

按照犯罪行为所侵犯的社会关系的个数，犯罪客体可分为简单客体和复杂客体。在司法实践中，要注意把犯罪客体与犯罪对象区别开来。

第三节　排除犯罪性的行为

排除犯罪性行为，是指那些在形式上似乎符合某种犯罪构成，而实际上不具有社会危害性和刑事违法性，从而不构成犯罪的行为。中国刑法只规定了正当防卫和紧急避险两种排除犯罪性的行为。

一、正当防卫

根据《刑法》第 20 条的规定，正当防卫是指为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害，对不法侵害人所实施的制止其不法侵害且没有明显超过必要限度的行为。

根据中国刑法的规定，正当防卫的成立必须符合以下条件：

1、必须有不法侵害行为发生。这是正当防卫最基本的前提条件。具体包括两方面内容：第一是有不法侵害行为。所谓不法侵害行为，是指不法行为人所实施的对国家、公共利益和公民个人合法权益的违法的侵袭和损害行为。第二是不法侵害行为必须是实际存在的。在不法侵害并不存在的情况下，误认为发生了不法侵害，而进行的防卫是“假想防卫”，对假想防卫造成的损害，按照处理事实错误的原则处理。

2、不法侵害必须正在进行。这是正当防卫的时间条件。不法侵害正在进行，是指不法侵害已经开始，尚未结束。在不法侵害尚处于预备阶段所实施的防卫是事先防卫，在不法侵害已经结束的情况下，对侵害人的某种权益进行打击的行为是事后防卫。事先防卫和事后防卫都不是正当防卫，其造成的损害，符合具体犯罪构成要件的，按犯罪处理。

3、防卫行为必须针对不法侵害者本人进行。这是正当防卫的对象条件。对于不法侵害人以外的人，即使是不法侵害人的家属，也不能进行防卫。

4、必须是为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害。这是正当防卫的主观条件。在实践中，对于一些客观上似乎符合正当防卫的条件，但主观上却不具备正当防卫意图的，如防卫挑拨、相互斗殴及为保护非法利益而实行的防卫都不能视为是正当防卫。

5、防卫不能明显超过必要限度造成重大损害。这是正当防卫的限度条件。这一条件意味着防卫必须在一定限度内进行，且造成的损害适当，才能成立正当防卫。如果防卫行为明显超过了必要限度，造成了重大损害，则是防卫过当。

根据《刑法》第 20 条第 2 款的规定，防卫过当是指防卫明显超过必要限度造成重大损害，应当负刑事责任的犯罪行为。防卫过当的主体一般是已满 16 周岁的人，已满 14 周岁不满 16 周岁的人，由于认识能力的限制，一般不可能正确判断防卫过当这种犯罪行为的性质。防卫过当的罪过形式主要为疏忽大意的过失、过于自信的过失和间接故意。防卫过当在客观上表现为防卫行为明显超过了必要限度并造成了重大的损害。

防卫过当的行为已经构成犯罪，应当负刑事责任。需要注意，防卫过当不是罪名，因此，对防卫过当行为，应根据防卫人主观上的罪过形式及客观上造成的具体危害结果，依照刑法分则的有关条款来确定罪名。对防卫过当构成犯罪的，应当减轻或者免除处罚。

《刑法》第 20 条第 3 款规定，对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪，采取防卫行为，造成不法侵害人伤亡的，不属于防卫过当，不负刑事责任。这是刑法对特殊情况下防卫权的规定。适用这一规定应该注意以下问题：首先，要正确理解这里所说的“行凶”，其是指严重的行凶，即可能造成重伤、死亡的行凶。其次，要正确理解这里所说的“抢劫”、“强奸”、“绑架”，其应指严重危及被害人人身安全的暴力抢劫、暴力强奸、暴力绑架。再次，要正确理解其他严重危及人身安全的暴力犯罪的范围，不要理解得过于宽泛。

二、紧急避险

根据《刑法》第 21 条的规定，紧急避险是指为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产或者其他权利免受正在发生的危险，不得已损害另一较小合法利益的行为。紧急避险不负刑事责任。

成立紧急避险，必须具备以下条件：1、必须有威胁合法利益的危险发生；2、必须是危险正在发生；3、必须是为了使合法权益免受正在发生的危险；4、避险的对象是无辜的第三者；5、避险行为只能在不得已的情况下实施；6、避险行为不能超过必要限度造成不应有的损害，即避险行为造成的损害必须小于所避免的损害。另外，刑法还规定，关于避免本人危险的规定不适用于职务上、业务上负有特定责任的人。

如果避险行为超过必要限度造成不应有的损害，属于避险过当。避险过当应当负刑事责任，但是应当减轻或者免除处罚。

第四节　故意犯罪的停止形态

所谓故意犯罪的停止形态，是指故意犯罪在其产生、发展和完成犯罪的过程和阶段中，因主客观原因而停止下来的各种犯罪状态。故意犯罪的停止形态，按其停止下来时犯罪是否已经完成，可区分为两种基本类型：一是犯罪的完成形态，即犯罪的既遂形态；二是犯罪的未完成形态，即犯罪的预备形态、未遂形态和中止形态。

一、犯罪既遂形态

犯罪既遂形态，是指行为人所故意实施的行为已经具备了某种犯罪构成的全部要件的犯罪停止形态。根据中国刑法分则对各种直接故意犯罪构成要件的不同规定，犯罪既遂形态有以下四种类型：

第一，结果犯。结果犯是指不仅要实施具体犯罪构成客观要件的行为，而且必须发生法定的犯罪结果才构成既遂的犯罪，即以法定的犯罪结果的发生与否作为犯罪既遂与未遂区别标志的犯罪。这里的犯罪结果，专指可以具体测量确定的、有形的损害结果。例如，故意杀

人罪的犯罪结果就是他人的死亡，发生了死亡结果的为犯罪既遂，因行为人意志以外的原因未发生死亡结果的为未遂。

第二，行为犯。行为犯是指以法定犯罪行为的完成作为既遂标志的犯罪。这类犯罪的既遂并不要求造成物质性的和有形的犯罪结果，而是以行为完成为标志。按照法律的要求，这种行为要有一个实行过程，要达到一定程度，才能视为行为的完成。例如，脱逃罪是以行为人达到逃脱了监禁羁押的状态和程度作为犯罪行为完成和犯罪既遂成立的标志。

第三，危险犯。危险犯是指以行为人实施的危害行为造成法律规定的发生某种结果的危险状态作为既遂标志的犯罪。例如，放火罪中，只要行为人实施的放火行为已经对公共安全造成了威胁，即成立犯罪既遂，而不必要求放火行为必须造成危害公共安全的结果。

第四，举动犯。举动犯是指按照法律规定，行为人一着手犯罪实行行为即告犯罪完成从而构成既遂的犯罪。包括两种情况：一是原本为预备性质的犯罪，例如组织、领导、参加恐怖活动组织罪；二是教唆、煽动性质的犯罪，例如传授犯罪方法罪。

对行为符合犯罪既遂特征的既遂犯，中国刑法要求根据其所犯的罪，在考虑刑法总则一般量刑原则的基础上，直接按照刑法分则具体犯罪条文规定的法定刑处罚。

二、犯罪预备形态

犯罪预备形态，是指故意犯罪过程中未完成犯罪的一种停止状态，是指行为人已经开始为实施犯罪而创造条件的行为，由于行为人意志以外的原因而未能着手犯罪实行行为的犯罪停止形态。

根据中国《刑法》第 22 条的规定，可以将犯罪预备行为分为两种类型：一是为犯罪实行准备犯罪工具的行为；二是其他为实施犯罪创造便利条件的行为。对于预备犯，可以比照既遂犯从轻、减轻处罚或者免除处罚。

三、犯罪未遂形态

根据刑法规定，犯罪未遂是指行为人已经着手实行具体犯罪构成的实行行为，由于其意志以外的原因而未能完成犯罪的一种犯罪停止形态。

犯罪未遂具有如下 3 个特征：

第一，行为人已经着手实行犯罪。这是指行为人已经开始实施刑法分则规定的具体犯罪构成要件行为。着手实行犯罪具备主观和客观两个基本特征：主观上，行为人实施具体犯罪的意志已经直接支配客观实行行为，并通过后者表现出来；客观上，行为人已开始直接实行具体犯罪构成客观方面的行为，并使刑法所保护的具体权益受到初步危害或者面临实际存在的危险。行为人已经着手实行犯罪是区分犯罪未遂形态与犯罪预备形态的主要标志。

第二，犯罪未完成而停止下来，这是犯罪未遂形态区别于犯罪既遂形态的主要标志。犯罪没有完成，主要表现为三个方面：一是以法定的犯罪结果没有发生作为犯罪未完成的标志，如盗窃未发生窃得财物的犯罪结果；二是以法定的犯罪行为未能完成作为犯罪未完成的标志，如实施脱逃罪的行为人在逃出监房后未能逃出监狱的警戒线；三是以法定的危险状态尚未具备作为犯罪未完成的标志，如行为人在油库放火，因火柴受潮而未能擦着时被捕获。

第三，犯罪停止在未完成状态是犯罪分子意志以外的原因所致，这是犯罪未遂形态与着手犯罪后的犯罪中止区别的关键。“意志以外的原因”应该是足以阻止犯罪分子犯罪意志的原因。在司法实践中，“意志以外的原因”大致包括犯罪人本人以外的原因、行为人自身方面对完成犯罪具有不利影响的因素和行为人主观上对犯罪对象情况、犯罪工具性能以及犯罪结果是否已发生或者必然发生等的错误认识三个方面。

中国《刑法》第 23 条第 2 款规定，对于未遂犯，可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚。

四、犯罪中止形态

中国刑法中的犯罪中止，是指在犯罪过程中，行为人自动放弃犯罪或者自动有效地防止犯罪结果发生，而未完成犯罪的一种犯罪停止形态。犯罪中止有两种类型，即自动放弃犯罪的犯罪中止和自动有效地防止犯罪结果发生的犯罪中止。

自动放弃犯罪的犯罪中止，必须同时具备三个特征：其一，时间性。即必须是在犯罪处于运动过程中而尚未形成任何停止形态的情况下停止犯罪。其二，自动性。即行为人出于自己的意志而放弃了自认为当时本可继续实施和完成的犯罪，即行为人在主观上放弃了犯罪意图，在客观上自动停止了犯罪的继续实施和完成。这是犯罪中止形态的本质特征。其三，彻底性。即行为人在主观上彻底打消了原来的犯罪意图，在客观上彻底放弃了自认为本可能继续进行的犯罪行为。

自动有效地防止犯罪结果发生的犯罪中止，除必须同时具备上述三个基本特征外，还要具备“有效性”特征，即行为人还必须有效地防止了已实施的犯罪的法定犯罪结果的发生，使犯罪未达既遂状态而停止下来。

《刑法》第 24 条第 2 款规定，对于中止犯，没有造成损害的，应当免除处罚；造成损害的，应当减轻处罚。

第五节　共同犯罪

一、共同犯罪的概念与成立条件

共同犯罪，是指两人以上共同故意犯罪。根据中国刑法关于共同犯罪的定义，成立共同犯罪必须具备以下要件：

1、共同犯罪的主体必须是两个以上在相应犯罪上具备刑事责任能力的人。在有组织犯罪的情况下，则要求主体为三人以上。

2、各共同犯罪人在主观方面具有共同犯罪故意。所谓共同犯罪故意，是指各共同犯罪人通过犯意联系，明知自己与他人配合共同实施犯罪会造成某种危害结果，并且希望或者放任这种危害结果发生的心理态度。

3、各共同犯罪人在客观方面必须具有共同犯罪行为。所谓共同犯罪行为，是指各共同犯罪人的行为都指向同一犯罪，彼此联系，互相配合，成为一个有机的犯罪活动整体。在发生危害结果的场合，每个人的行为都与危害结果之间存在因果关系。

二、共同犯罪人的分类及其刑事责任

中国刑法按照行为人在共同犯罪中所起的作用的大小和分工，将共同犯罪人分为主犯、从犯、胁从犯和教唆犯，并对不同的共同犯罪人规定了不同的刑事责任原则。在共同犯罪人中，应给予主犯和教唆犯更多的关注。

1、主犯

所谓主犯，是指组织、领导犯罪集团进行犯罪活动或者在共同犯罪中起主要作用的犯罪分子。具体而言，主犯有两种：

（1）组织、领导犯罪集团进行犯罪活动的犯罪分子，即犯罪集团的首要分子。这种主犯有两个特征：第一，必须是犯罪集团中的首要分子。第二，必须实施了组织、领导犯罪集团进行犯罪活动的行为。根据《刑法》第 26 条第 3 款的规定，对组织、领导犯罪集团的首要分子，按照集团所犯的全部罪行处罚。这里所说的“集团所犯的全部罪行”，是指首要分子组织、领导的犯罪集团在预谋犯罪的范围内所犯的全部罪行。

（2）在共同犯罪中起主要作用的犯罪分子。这种主犯是犯罪集团首要分子以外的在共同犯罪中起主要作用的犯罪分子。具体包括：第一，犯罪集团中的骨干分子。第二，全部可罚的聚众犯罪中的首要分子及骨干成员和部分可罚的聚众犯罪中的首要分子。根据《刑法》第 26 条第 4 款的规定，对于犯罪集团首要分子以外的其他主犯，应当按其所参与的或者组织、指挥的全部犯罪处罚。这里包括两种情况：一是对于全部可罚的聚众犯罪和部分可罚的聚众犯罪中的首要分子，按照其所组织、指挥的全部犯罪处罚；二是对于在集团犯罪和聚众犯罪以外的其他共同犯罪中起主要作用的主犯，按照其所参与的全部犯罪处罚。

2、教唆犯

所谓教唆犯，是指教唆他人犯罪的人。其主要特征是：在客观方面必须具有教唆他人犯罪的行为；在主观方面必须具有教唆他人犯罪的故意。对于教唆犯的刑事责任，中国刑法规定了三种情况：（1）教唆他人犯罪的，按照他在共同犯罪中所起的作用处罚。（2）教唆不满 18 周岁的人犯罪的，应当从重处罚。需要注意的是，如果是教唆不满 14 周岁的人犯罪，或者教唆已满 14 周岁不满 16 周岁的人犯《刑法》第 17 条第 2 款所规定的 8 种犯罪以外的犯罪，应当属于间接实行犯，不能成立教唆犯。（3）如果被教唆的人没有犯被教唆的罪，对于教唆犯可以从轻或者减轻处罚。

第六节　一罪与数罪

一、罪数判断标准

一罪与数罪形态，亦称罪数形态，其基本任务在于从罪数单复的角度描述行为人的危害行为构成犯罪的形态特征，阐明各种罪数形态的构成要件，揭示有关罪数形态的本质属性即实际罪数，剖析不同罪数形态的共有特征并科学界定其区别界限，进而确定对各种罪数形态应适用的处断原则。

中国刑法以犯罪构成标准说（主客观统一说）作为罪数判断的标准。根据犯罪构成标准说的主张，确定或者区分罪数单复的标准，应是犯罪构成的个数，即行为人的犯罪事实具备一个犯罪构成的为一罪，行为人的犯罪事实具备数个犯罪构成的为数罪。

二、一罪的类型

1、实质的一罪。实质的一罪包括继续犯、想象竞合犯和结果加重犯。

（1）继续犯。所谓继续犯，亦称持续犯，是指犯罪行为自着手实行到构成既遂，犯罪行为及其所引起的不法状态同时处于持续过程中的犯罪形态。中国《刑法》第 238 条规定的非法拘禁罪就是典型的继续犯。继续犯必须是基于一个犯罪故意，实施一个危害行为的犯罪，是持续地侵犯同一或者相同直接客体的犯罪，而且其以持续一定时间为成立条件。中国刑法分则对属于继续形态的犯罪及其法定刑设置专条予以规定，故应按刑法规定以一罪论处，不实行数罪并罚。

（2）想象竞合犯。所谓想象竞合犯，亦称想象数罪，是指行为人实施一个危害行为，而触犯两个以上异种罪名的犯罪形态。想象竞合犯成立要求行为人基于一个犯罪意图，实施一个危害行为，侵犯数个不同的直接客体，同时触犯数个罪名。中国刑法学界认为对想象竞合犯应采用“从一重处断”的原则加以处断，即对想象竞合犯应按照其所触犯的数个罪名中最重的犯罪定罪处罚。

（3）结果加重犯。所谓结果加重犯，是指实施基本犯罪构成要件的行为，由于发生了刑法规定的基本犯罪构成要件以外的重结果，刑法对其规定加重法定刑的犯罪形态。如中国《刑法》第 234 条所规定的故意伤害致死的情况。由于结果加重犯是以刑法的明文规定为前提并通过刑法的明确规定加重其法定刑的犯罪形态，所以，对于结果加重犯，应当按照刑法分则条款所规定的加重法定刑处罚。

2、法定的一罪。法定的一罪包括结合犯和惯犯。

（1）结合犯。所谓结合犯，是指数个原本独立的犯罪行为，根据刑法的明文规定，结合成为另一独立的新罪的情况。一般认为，中国刑法中没有规定典型的结合犯。对结合犯应以结合后的新罪，以一罪论处。

（2）惯犯。所谓惯犯，是指以某种犯罪为常业，或者以犯罪所得为主要生活来源或者腐化生活来源，或者犯罪已成习性，在较长时间内反复多次实施同种犯罪行为，刑法明文规定对其以一罪论处的犯罪形态。惯犯必须是反复多次地侵犯同一或者相同直接客体的犯罪形态，其在主观上具有基于特定的心理倾向和目的而产生的反复多次实施犯罪的同一故意，在客观方面表现出时间的长期性，行为的多次性和行为的同一性，并以现行行为已经构成犯罪为前提。中国刑法中的惯犯是法定的一罪，故对于惯犯按法律明文规定的相应的量刑幅度予以论处。

3、处断的一罪。处断的一罪包括连续犯、牵连犯和吸收犯。

（1）连续犯。所谓连续犯，是指行为人基于一个概括的犯罪故意，连续实施数个性质相同的犯罪行为，触犯同一罪名的犯罪形态。连续犯必须是基于一个概括的犯罪故意，实施数个足以单独构成犯罪的危害行为，而且数个犯罪行为必须触犯同一罪名。对于连续犯应当适用“从一重处断”的原则，即在对连续犯按一罪论处，不实行数罪并罚的前提下，按照行为人所触犯的罪名从重处罚或者作为加重构成情节酌情判处刑罚。

（2）牵连犯。所谓牵连犯，是指行为人实施某种犯罪，而其方法行为或者结果行为又触犯其他罪名的犯罪形态。牵连犯必须基于一个最终的犯罪目的，且具有两个以上的、相对独立的危害社会的行为。牵连犯所包含的数个危害社会行为之间必须具有牵连关系，必须触犯不同的罪名。对牵连犯的处罚，凡刑法分则有明确规定的，按相应规定处断；刑法分则未明确规定的，应当适用从一重处断原则定罪处刑，不实行数罪并罚。

（3）吸收犯。所谓吸收犯，是指行为人实施数个犯罪行为，因其所符合的犯罪构成之间具有特定的依附与被依附关系，从而导致其中一个不具有独立性的犯罪，被另一个具有独立性的犯罪所吸收，对行为人仅以吸收之罪论处的犯罪形态。对于吸收犯，应当仅按吸收之罪处断，不实行数罪并罚。

三、数罪的类型

数罪依据不同的标准也可以进行不同的划分。以行为人实施的数个犯罪构成的性质是否一致为标准分为同种数罪和异种数罪；以对行为人的犯罪事实已构成的实质数罪是否实行数

罪并罚为标准分为并罚的数罪和非并罚的数罪；以实质数罪发生的时间条件为标准分为判决宣告以前的数罪和刑罚执行期间的数罪。

第七节　刑罚

一、刑罚概述

刑罚是指刑法规定的由国家审判机关依法对犯罪的人适用的限制或者剥夺其一定权益的强制性法律制裁方法。刑罚的内容为对受刑者一定权益的限制或者剥夺；刑罚的对象只能是犯罪的人；刑罚的根据在于刑法的明文规定；刑罚适用的主体只能是国家各级刑事审判机关。

中国刑罚的目的是预防犯罪，其内容包括特殊预防和一般预防。特殊预防，是指预防已经犯了罪的人重新犯罪；一般预防，是指预防尚未犯罪的人实施犯罪。特殊预防与一般预防是一种既对立又统一的关系，二者相互依存、不可偏废。

二、刑罚的体系和种类

刑罚的体系，是指国家以有利于发挥刑罚的功能、实现刑罚的目的为指导原则，通过刑法的规定而形成的，由一定刑罚种类按其轻重程度而组成的序列。中国的刑法体系是由主刑和附加刑构成的完整体系。

1、主刑

主刑是指只能独立适用的主要刑罚方法。主刑只能独立适用，不能附加适用，即一个罪只能适用一个主刑，不能同时适用两个或者两个以上主刑。主刑是刑罚方法的类名称，它包括管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑和死刑五种具体的刑罚方法。其中管制是指对罪犯不予关押，但限制其一定自由，由公安机关执行和群众监督改造的刑罚方法；拘役是指短期剥夺犯罪人自由，就近实行教育改造的刑罚方法；有期徒刑是指剥夺犯罪人一定期限的人身自由，实行强制劳动和教育改造的刑罚方法；无期徒刑是指剥夺犯罪人的终身自由，并对其实

行强制劳动和教育改造的刑罚方法；死刑是指剥夺犯罪人生命的刑罚方法，包括死刑立即执行和死刑缓期二年执行两种情况。

由于社会客观实际情况的限制，中国目前还不能废除死刑，但中国对死刑的适用进行了严格的限制。中国刑法对死刑的限制主要表现在四个方面：

（1）适用范围的限制。中国刑法对死刑的适用范围分别在总则和分则中作了限制性规定。从总则看，《刑法》第 48 条明文规定，死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子。从分则看，对可以判处死刑的犯罪及其情节作了明确的规定。

（2）适用对象的限制。中国刑法以排除的方式对死刑的适用对象作了限制性规定。《刑法》第 49 条规定，犯罪的时候不满 18 周岁的人和审判的时候怀孕的妇女，不适用死刑。不能适用死刑不是暂不适用死刑，同时也不适用死刑缓期执行。

（3）适用程序的限制。根据《刑事诉讼法》第 20 条的规定，死刑案件只能由中级以上法院进行一审，基层法院无权判处被告人死刑。而且，根据《刑法》第 48 条以及《刑事诉讼法》第 200 条至第 202 条的规定，死刑除依法由最高法院判决的以外，都应当报请最高法院核准。

（4）执行方法的限制。《刑法》第 48 条规定，对于应当判处死刑的犯罪分子，如果不是必须立即执行的，可以判处死刑同时宣告缓期二年执行。根据《刑法》第 50 条的规定，对于被判处死刑同时宣告缓期二年执行的犯罪人，最终有 3 种处理结局：在死刑缓期执行期间，如果没有故意犯罪，2 年期满后，减为无期徒刑；在死刑缓期执行期间，如果确有重大立功表现，2 年期满后，减为 15 年以上 20 年以下有期徒刑；在死刑缓期执行期间，如果故意犯罪，查证属实的，由最高法院核准，执行死刑。

2、附加刑

附加刑又称从刑，是补充主刑适用的刑罚类型。其特点是既可独立适用，又可附加适用。而且，对于同一犯罪和同一犯罪人，依法还可以同时适用不止一个的附加刑。根据《刑法》第 34 条和第 35 条的规定，中国的附加刑包括罚金、剥夺政治权利、没收财产以及只能适用于犯罪的外国人的驱逐出境。

在附加刑中，罚金是较为经常适用的刑罚方法。罚金是指法院判处犯罪人向国家缴纳一定数额金钱的刑罚方法。其为财产刑的一种。罚金刑的适用对象主要是破坏社会主义市场经济秩序罪、侵犯财产罪、妨碍社会管理秩序罪和贪污贿赂罪。此外，危害公共安全罪、侵犯公民人身权利、民主权利罪和危害国防利益罪中也有些犯罪可适用罚金刑。中国刑法规定了选处罚金、单处罚金、并处罚金及并处或者单处罚金四种适用罚金的方式。

关于罚金数额的确定，中国刑法总则中规定了一般原则，即“判处罚金，应当根据犯罪情节决定罚金额”。关于罚金的执行，中国刑法规定了一次缴纳、分期缴纳、强制缴纳、随时缴纳和减免缴纳几种方式。

三、刑罚裁量

刑罚裁量又称量刑，是指法院依据刑事法律，对于构成犯罪的行为人，确定是否判处刑罚，判处何种刑罚以及是否适用某种刑罚制度的审判活动。

1、刑罚裁量的原则

中国刑法为了保证量刑的公正，明确规定对犯罪分子决定刑罚的时候，应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度，依照本法的有关规定判处（第 61 条）。据此，量刑的原则主要包括两个方面：

（1）量刑必须以犯罪事实为依据。量刑必须以犯罪事实为依据，要求量刑时必须首先查清犯罪事实。这里所说的犯罪事实，是指案件本身所包含的，对定罪量刑有意义的各种客观事实。其次，要正确认定犯罪性质，即要正确定罪。再次，准确评价犯罪行为对社会已经造成或者可能造成的损害程度。

（2）量刑必须以刑事法律为准绳。量刑必须以刑事法律为准绳，要求量刑必须依照刑法总则中所规定的刑罚体系的内容，正确运用各种刑罚种类；依照刑法分则各条款对于各种犯罪规定的法定刑，根据不同情节，决定适用与犯罪行为危害性相适应的法定刑幅度；在不具有任何法定量刑情节的情况下，根据行为自身危害程度和酌定量刑情节，在法定刑的幅度内，选择合适的宣告刑。

2、刑罚裁量情节

刑罚裁量情节，简称量刑情节，指法院在依法对犯罪分子裁量决定刑罚时所考虑的，据以决定刑罚轻重或者免予刑罚处罚的各种事实情况。依据中国刑法，裁量情节主要划分为法定情节与酌定情节。

（1）法定情节。法定情节是指刑法明文规定在量刑时必须予以考虑的各种事实情况。法定情节分总则性法定情节和分则性法定情节两大类。中国刑法中总则性法定情节包括很多，具体又有从宽情节与从严情节、应当型情节和可以型情节以及单功能情节与多功能情节。如《刑法》第 17 条规定的已满 14 周岁，不满 18 周岁的人犯罪，应当从轻或者减轻处罚的规定就同时属于从宽情节、应当型情节和多功能情节；《刑法》第 19 条规定的又聋又

哑的人或者盲人犯罪，可以从轻、减轻或者免除处罚属于可以型的、多功能从宽情节；而《刑法》第 29 条规定的教唆不满 18 周岁的人犯罪的，应当从重处罚则属于应当型的、单功能从严情节。分则性法定情节则明确规定在不同的条款中，如《刑法》第 243 条 2 款“国家工作人员犯前款罪的（诬告陷害罪），从重处罚”的规定。

（2）酌定情节。酌定情节是指刑法中没有明文规定，但是根据刑事立法精神和有关刑事政策，由司法机关根据审判实践概括出来，在裁量刑罚时也需要予以考虑的各种犯罪事实情况。酌定情节种类很多，根据中国刑事司法实践，经常适用的酌定情节主要有：犯罪动机；犯罪人罪前的一贯表现；犯罪人罪后的表现；犯罪手段；犯罪对象及犯罪的时间、地点等。

四、刑罚裁量制度

1、累犯。累犯，是指因犯罪而受过一定的刑罚处罚，在刑罚执行完毕或者赦免以后，于法定期限内又犯一定之罪的罪犯。中国刑法规定的累犯，分为一般累犯和特别累犯两种。一般累犯是指被判处有期徒刑以上刑罚并在刑罚执行完毕或者赦免以后，在 5 年内再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪的犯罪分子。特别累犯，是指因危害国家安全罪受过刑罚处罚，刑罚执行完毕或者赦免以后，在任何时候再犯危害国家安全罪的犯罪分子。中国《刑法》第 65 条规定，对累犯应当从重处罚。

2、自首和立功。自首，是指犯罪分子犯罪以后自动投案，如实供述自己罪行的行为，或者被采取强制措施以后的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯，如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的行为。根据中国《刑法》第 67 条第 1 款的规定，对于自首的犯罪分子，可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，可以免除处罚。

立功，是指犯罪分子揭发他人犯罪行为，查证属实，或者提供重要线索，从而使其他案件得以侦破等行为。刑法中的立功分为一般立功和重大立功，两者依法受到的从宽处罚程度有所不同。根据《刑法》第 68 条的规定，对于立功犯分别依照以下不同情况予以从宽处罚：犯罪分子有一般立功表现的，可以从轻或者减轻处罚；犯罪分子有重大立功表现的，可以减轻或者免除处罚；犯罪分子犯罪后自首又有重大立功表现的，应当减轻或者免除处罚。

3、数罪并罚。

（1）数罪并罚概述。刑法中的数罪并罚，是指法院对一行为人在法定时间界限内所犯数罪分别定罪量刑后，按照法定的并罚原则及刑期计算方法决定其应执行的刑罚的制度。这

种制度的实质在于，依循一定准则，解决或者协调行为人所犯数罪的各个宣告刑与执行刑之间的关系。

数罪并罚要依据一定的原则进行。以往各国立法中采用的数罪并罚原则主要有并科原则、吸收原则、限制加重原则和折中原则。依据《刑法》第 69 条的规定，中国的数罪并罚采用以限制加重原则为主，以吸收原则和并科原则为补充的折中原则。其具体适用范围和基本适用规则如下：判决宣告的数个主刑中有数个死刑或者最重刑为死刑的，采用吸收原则，仅执行一个死刑；判决宣告的数个主刑中有数个无期徒刑或者最重刑为无期徒刑的，采用吸收原则，只执行一个无期徒刑；判决宣告的数个主刑为有期徒刑、拘役、管制的，采用限制加重原则合并处罚。具体限制加重规则为：在判决宣告的数个主刑的总和刑期以下，数刑中最高刑期以上，酌情决定执行的刑期，但有期徒刑最高不能超过 20 年，拘役最高不能超过 1 年，管制最高不能超过 3 年。数罪中有判处附加刑的，采用并科原则，附加刑仍须执行。

（2）不同法律条件下适用数罪并罚原则的具体规则。

一是判决宣告以前一人犯数罪的合并处罚规则。《刑法》第 69 条的规定表明，中国刑法规定的数罪并罚原则及由此而决定的基本适用规则，是以判决宣告以前一人犯有数罪的情形为标准确立的。因此，就基本内容而言，判决宣告以前一人犯有数罪的合并处罚规则，与前述中国刑法中数罪并罚原则的基本适用规则完全一致。

二是刑罚未执行完毕以前发现漏罪的合并处罚原则。《刑法》第 70 条规定，判决宣告以后刑罚执行完毕以前，发现被判刑的犯罪分子在判决宣告以前还有其他罪行没有判决的，应当对新发现的罪作出判决，把前后两个判决所处的刑罚，依照本法第 69 条的规定，决定执行的刑罚。已经执行的刑期，应当计算在新判决决定的刑期以内。该种计算刑期的方法，依特点可概括为“先并后减”。

三是刑罚执行期间又犯新罪的合并处罚原则。《刑法》第 71 条规定，判决宣告以后，刑罚执行完毕以前，被判刑的犯罪分子又犯新罪的，应当对新犯的罪作出判决，把前罪没有执行的刑罚和后罪所判处的刑罚，依据本法第 69 条的规定，决定执行的刑罚。该种计算刑期的方法，依特点概括为“先减后并”。

4、缓刑

中国刑法中的缓刑是指法院对于被判处拘役、3 年以下有期徒刑的犯罪分子，根据其犯罪情节和悔罪表现，认为暂缓其刑罚的执行确实不致再危害社会的，规定一定的考验期，暂缓其刑罚的执行，若犯罪分子在考验期内没有发生法定撤销缓刑的情形，原判刑罚就不再执行的制度。

根据《刑法》第 72 条、第 74 条的规定，缓刑适用的条件有三个：（1）犯罪分子被判处拘役或者 3 年以下有期徒刑的刑罚。（2）根据犯罪分子的犯罪情节和悔罪表现，认为适用缓刑不致再危害社会。（3）犯罪分子不是累犯。

被宣告缓刑的犯罪分子必须接受一定时期的考察。《刑法》第 73 条规定，拘役的缓刑考验期限为原判刑期以上 1 年以下，但是不得少于 2 个月。有期徒刑的缓刑考验期限为原判刑期以上 5 年以下，但是不得少于 1 年。 根据《刑法》第 75 条的规定，在缓刑考验期限内，被宣告缓刑者应当遵守法律、行政法规，服从监督；按照考察机关的规定报告自己的活动情况；遵守考察机关关于会客的规定；离开所居住的市、县或者迁居，应当报经考察机关批准。

根据《刑法》第 77 条的规定，被宣告缓刑的犯罪分子，在缓刑考察期限内犯新罪或者发现判决宣告以前还有其他罪没有判决的，应当撤销缓刑，对新犯的罪或者新发现的罪作出判决，把前罪和后罪所判处的刑罚，依照《刑法》第 69 条的规定，决定执行的刑罚；被宣告缓刑的犯罪分子，在缓刑考验期限内，违反法律、行政法规或者国务院公安部门有关缓刑的监督管理规定，情节严重的，应当撤销缓刑，执行原判刑罚。

如果没有以上情形，缓刑考验期满，原判的刑罚就不再执行。

此外，《刑法》还规定了战时缓刑制度。根据刑法第 449 条的规定，战时缓刑是指在战时，对被判处 3 年以下有期徒刑但没有现实危险宣告缓刑的犯罪军人，允许其戴罪立功，确有立功表现时，可以撤销原判刑罚，不以犯罪论处的制度。战时缓刑制度适用于特定时间和特定对象，其法律效果与一般缓刑制度也有所不同：即可以撤销原判刑罚，不以犯罪论处。

五、减刑和假释

1、减刑

中国刑法中规定的减刑，指被判处管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，在刑罚执行期间，确有悔改、立功表现的，适当减轻其原判刑罚的制度。减刑必须符合两个条件。一是前提条件，即只有被判处管制、拘役、有期徒刑或者无期徒刑的犯罪分子，才有减刑的可能。二是实质性条件。减刑可分为相对减刑（可以减刑）和绝对减刑（应当减刑）两种，二者的实质性条件不同。相对减刑的实质性条件是指犯罪分子在刑罚执行期间，认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改或者立功表现。绝对减刑的实质性条件是指犯罪分子在刑罚执行期间有重大立功表现。

减刑有一定限度。减刑的限度具体为：犯罪分子经过一次或者几次减刑后实际执行的刑期，判处管制、拘役、有期徒刑的，不能少于原判刑期的 1/2；判处无期徒刑的，不能少于 10 年；对于死刑缓期二年执行的罪犯减为无期徒刑、有期徒刑后又减刑的，其实际执行的刑期不能少于 12 年。

根据《刑法》第 79 条的规定，对于犯罪分子的减刑，由执行机关向中级以上法院提出减刑建议书。法院应当组成合议庭进行审理。对确有悔改或者立功表现的，裁定予以减刑。非经法定程序不得减刑。

2、假释

假释是指被判处有期徒刑或者无期徒刑的犯罪分子，在执行一定刑期之后，因其确有悔改表现，不致再危害社会而附条件地将其提前释放的制度。根据《刑法》第 81 条的规定，适用假释必须同时具备以下三个条件：

（1）适用假释必须是被判处有期徒刑和无期徒刑的犯罪分子。有两类情况不得假释：一是累犯，二是暴力性犯罪（因杀人、爆炸、抢劫、强奸、绑架等犯罪被判处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子）。在中国司法实践中，对判处有期徒刑 1 年以下和判决生效后经折抵余刑不足 1 年的罪犯，一般不予假释。

（2）适用假释必须是已经执行了一定期限刑罚的犯罪分子。中国刑法规定被判处有期徒刑的，执行原判刑期 1/2 以上，判处无期徒刑的，实际执行 10 年以上，才可以适用假释。根据有关司法解释，对死刑缓期二年执行的犯罪分子减刑后假释的，其实际执行的刑期不得少于 12 年，死刑缓期二年执行的犯罪分子实际执行的刑期自死缓 2 年期满第 2 日起计算。

（3）适用假释必须是认真遵守监规、接受教育改造、确有悔改表现、假释后不致再危害社会的犯罪分子。

假释是对剥夺较长时期自由的犯罪分子的附条件的提前释放，因此需要设立一定的考验期限，以便对假释罪犯继续进行监督改造。《刑法》第 83 条规定，有期徒刑的假释考验期限，为没有执行完毕的刑期；无期徒刑的假释考验期期限为 10 年。在假释考验期限内，被宣告假释的犯罪分子应当遵守法律、行政法规，服从监督；按照监督机关的规定报告自己的活动情况；遵守监督机关关于会客的规定；离开所居住的市、县或者迁居，应当报经监督机关批准。

在假释考验期内，被假释的犯罪分子如果又犯新罪、发现漏罪或者违反法律、行政法规或者国务院公安部门有关假释的监督管理规定，则须撤销假释，将假释的犯罪分子收监执行刑罚。

根据《刑法》第 82 条的规定，对于犯罪分子的假释，由执行机关向中级以上法院提出假释建议书。法院应当组成合议庭进行审理，对符合假释条件的，裁定予以假释。非经法定程序不得假释。

六、刑罚消灭

刑罚消灭，是指由于某种原因，致使国家对特定犯罪人的刑罚权归于消灭。刑罚消灭，必须以一定的法定事由为前提。从世界各国的立法例来看，导致刑罚消灭的法定原因大致有以下几种情况：（1）刑罚执行完毕；（2）缓刑考验期满；（3）假释考验期满；（4）犯罪人死亡；（5）超过时效期限；（6）赦免。

这里有必要对时效作简要的说明。时效，是指经过一定的时期，对犯罪不得追诉或者对所判刑罚不得执行的一项制度。中国刑法典只规定了追诉时效。追诉时效，是指依法对犯罪分子追究刑事责任的有效期限，超过这个法定期限，就不得再对犯罪人提起诉讼。

根据《刑法》第 87 条的规定，追诉时效的期限分为以下 4 个档次：（1）法定最高刑为不满 5 年有期徒刑的，其追诉时效期限为 5 年；（2）法定最高刑为 5 年以上不满 10 年有期徒刑的，其追诉时效期限为 10 年；（3）法定最高刑为 10 年以上有期徒刑的，其追诉时效期限为 15 年；（4）法定最高刑为无期徒刑、死刑的，其追诉时效期限为 20 年。如果 20 年后认为必须追诉的，须报请最高检察院核准。

追诉期限的起算，分为两种情况：一是即时犯的追诉期限“从犯罪之日起计算”。所谓“犯罪之日”应理解为犯罪成立之日。二是连续犯和继续犯的追诉期限“从犯罪行为终了之日起计算”。

在追诉期限内，如果发生法律规定的事由，即在追诉期限以内又犯罪的，以前经过的时效期间归于无效，前罪追诉的期限从犯后罪之日起计算。这种情况称作时效的中断。如果在追诉期限内，因发生法律规定的事由，也可以使追诉期限无限延伸。时效延长有两种情况：一是检察院、公安机关、国家安全机关对于接受的报案、控告、举报、自首或者自己发现的犯罪事实材料进行审查，认为有犯罪事实并应追究刑事责任的，决定作为刑事诉讼案件予以受理并进行侦查以后，或者在法院对于检察院提起公诉，公民自诉的案件进行审查并决定立

案审理以后，犯罪分子逃避侦查或者审判，无论逃避多久均不受追诉期限的限制。二是被害人在追诉期限内提出控告，法院、检察院、公安机关接到上述控告后，应当立案而不予立案，无论这种状态持续多久，都不影响对犯罪分子的追诉。

第八节　刑法各论

一、刑法分则的体系

中国刑法分则主要依据犯罪行为所侵犯的同类客体，同时也考虑到犯罪的主体特点将犯罪划分为 10 类。

第一类是危害国家安全罪。其是指故意危害中华人民共和国国家安全的行为。如背叛国家罪，投敌叛变罪，叛逃罪，为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪等。

第二类是危害公共安全罪。其是指故意或者过失地实施危害不特定多数人的生命、健康或者重大公私财产安全的行为。如放火罪，劫持航空器罪，违规制造、销售枪支罪，交通肇事罪，重大责任事故罪等。

第三类是破坏社会主义市场经济秩序罪。其是指违反国家市场经济管理法规，干扰国家对市场经济的管理活动，破坏社会主义的市场经济秩序，使国民经济发展遭受严重损害的行为。根据刑法分则第 3 章的规定，破坏社会主义市场经济秩序罪包括生产、销售伪劣商品罪，如生产、销售有毒、有害食品罪；走私罪，如走私假币罪；妨害对公司、企业的管理秩序罪，如虚报注册资本罪；破坏金融管理秩序罪，如内幕交易、泄露内幕信息罪；金融诈骗罪，如信用卡诈骗罪；危害税收征管罪，如偷税罪；侵犯知识产权罪，如假冒注册商标罪；扰乱市场秩序罪，如非法经营罪八个亚类。

第四类是侵犯公民人身权利、民主权利罪。其是指故意或者过失地侵犯公民的人身权利、与人身直接有关的其他权利以及民主权利，依法应受到刑罚处罚的行为，如故意杀人罪，强奸罪，刑讯逼供罪，绑架罪，暴力干涉婚姻自由罪等。

第五类是侵犯财产罪。其是指故意非法占有公私财物，或者故意破坏生产经营、毁坏公私财物的行为，如抢劫罪，盗窃罪，职务侵占罪，挪用资金罪，敲诈勒索罪等。

第六类是妨害社会管理秩序罪。其是指妨害国家机关对社会的管理活动，破坏社会秩序，情节严重的行为。根据刑法分则第 6 章的规定，妨害社会管理秩序罪分为扰乱公共秩序罪，如妨害公务罪；妨害司法罪，如伪证罪；妨害国（边）境管理罪，如组织他人偷越国（边）境罪；妨害文物管理罪，如倒卖文物罪；危害公共卫生罪，如妨害传染病防治罪；破坏环境资源保护罪，如非法采伐、毁坏珍贵树木罪；走私、贩卖、运输、制造毒品罪，如非法持有毒品罪；组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪，如嫖宿幼女罪；制作、贩卖、传播淫秽物品罪，如传播淫秽物品罪九个亚类。

第七类是危害国防利益罪。其是指危害作战和军事行动，危害国防建设，危害国防管理秩序，拒绝或者逃避履行国防义务的犯罪行为，如阻碍军人执行职务罪，阻碍军事行动罪，破坏武器装备、军事设施、军事通信罪，故意提供不合格武器装备、军事设施罪，聚众冲击军事禁区罪，聚众扰乱军事管理区秩序罪，冒充军人招摇撞骗罪，接送不合格兵员罪等等。

第八类是贪污贿赂罪。其是指国家工作人员利用职务上的便利贪污、受贿，或者拥有不能说明与合法收入差额巨大的财产或者支出的合法来源，或者私分国有资产或者罚没财物，以及其他人员行贿、介绍贿赂的行为，如贪污罪，挪用公款罪，受贿罪，巨额财产来源不明罪，隐瞒境外存款罪，私分国有资产罪等等。

第九类是渎职罪。其是指国家机关工作人员滥用职权、玩忽职守或者徇私舞弊，妨害国家机关的正常活动，致使公共财产或者国家和人民利益遭受重大损失的行为，如滥用职权罪，玩忽职守罪，故意泄露国家秘密罪，民事、行政枉法裁判罪，私放在押人员罪，失职致使在押人员脱逃罪，徇私舞弊不移交刑事案件罪，环境监管失职罪，传染病防治失职罪等。

第十类是军人违反职责罪。其是指中国人民解放军的现役军人、执行军事任务的预备役人员以及执行军事任务的其他人员违反职责，危害国家军事利益，依照法律应当受刑罚处罚的行为，如战时违抗命令罪，隐瞒、谎报军情罪，投降罪，战时临阵脱逃罪，擅离、玩忽军事职守罪，军人叛逃罪，非法获取军事秘密罪，为境外窃取、刺探、收买、非法提供军事秘密罪，故意泄露军事秘密罪，非法出卖、转让武器装备罪等。

二、刑法各论研究的基本内容

刑法各论以刑法分则条文的规定为主要研究内容。刑法分则条文一般由罪状和法定刑两部分组成。罪状又与罪名密切相关。可以说，对罪状、罪名以及法定刑的研究是刑法各论研究的共性问题。

1、罪状

罪状，是指刑法分则罪刑式条文对具体犯罪的基本构成特征的描述。根据罪刑式条文对罪状的描述方式的不同，可以将罪状分为叙明罪状、简单罪状、引证罪状和空白罪状。（1）叙明罪状，即罪刑式条文对具体犯罪的基本构成特征作了详细的描述。（2）简单罪状，即罪刑式条文只简单地描述具体犯罪的基本构成特征。（3）引证罪状，即引用同一法律中其他条款来说明和确定某种犯罪构成的特征。（4）空白罪状，即罪刑式条文没有直接地具体说明某一犯罪构成的特征，而是仅仅指明该罪构成需要参照的法律、法规的规定。

2、罪名

罪名，是指高度概括具体犯罪本质特征，对具体犯罪的称谓。罪名具有概括功能、区分功能、评价功能和威慑功能。罪名以其效力为依据可分为立法罪名、司法罪名和学理罪名；以其所包含的犯罪构成的内容的单复为依据可分为单一罪名和选择罪名；以其是否确定不变为依据分为确定罪名和不确定罪名。

3、法定刑

法定刑，是指刑法分则罪刑式条文所确定的适用于具体犯罪的刑罚的种类和幅度。法定刑通常可以分为绝对确定的法定刑、绝对不确定的法定刑和相对确定的法定刑。（1）绝对确定的法定刑，是指在条文中对某种犯罪或者某种犯罪的某种情形只规定单一的刑种和刑度。（2）绝对不确定的法定刑，是指在条文中对某种犯罪不规定具体的刑种和刑度，只规定对该种罪处以刑罚，具体如何处罚完全由法官掌握。（3）相对确定的法定刑，是指在条文中对某种犯罪规定一定的刑种和刑度，审判机关可以根据具体案件的情节在法定的幅度内决定判处适当的刑罚。中国刑法分则条文中法定刑绝大多数为相对确定的法定刑，其具体表现如下：分则条文仅规定法定刑的最高限度，其最低限度决定于刑法总则对某刑种下限的规定；分则条文仅规定法定刑的最低限度，其最高限度则取决于刑法总则的规定；分则条文同时规定法定刑的最高限度与最低限度；分则条文规定两种以上的主刑或者规定两种以上主刑并规定附加刑；分则条文规定援引性法定刑。

第五章　民法

第一节　概述

一、中国民法的概念和特征

民法是中国社会主义法律体系中的一个重要法律部门。它是调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系的法律规范的总称（《民法通则》第 2 条）。

财产关系是指与财产相关联的社会经济关系，其中包括占有、支配、交换、分配和消费关系。前两项在民法上主要反映为财产所有权关系；后三项在民法上主要反映为合同债权及其他债权等财产流转关系。它们包括了生产经营与日常生活这两方面的财产关系。

人身关系是因人格和身份而发生的与人身不可分离而以特定精神利益为内容的社会关系。商品经济要求其参加者具有形式上平等的人格和某些特定的身份。这种人格和身份在民法上表现为人身权。它包括：姓名权、名称权、名誉权、肖像权、生命权、健康权、知识产权和监护权等。人身权与特定的人身不可分离，其自身本无直接的财产内容，但可成为一定财产关系产生的前提。

与其他也调整一定范围的财产关系和人身关系的法律，如行政法和经济法相比较，民法调整的对象具有其特点，即民法调整的财产关系和人身关系是平等主体之间的财产关系和人身关系，是基于自愿、公平、等价有偿、诚实信用原则之上而产生的商品经济关系。民法与人民群众的日常生活及各种经济活动密切相关，其使用范围最为广泛。在当前新的历史阶段，建立社会主义市场经济已成为中国改革的既定目标，民法在现代市场经济中的重要作用和在现代法律制度中的重要地位则应当得到应有的重视。

二、中国民法的任务

中国民法的基本任务包括：

（一）保障公民、法人的合法民事权益（第 1 条）。在市场经济条件下，公民和法人是经济活动的基本参与者。他们根据市场的变化和要求，在法律规定的范围内独立自主地参与经济活动。如果他们的基本权利和地位得不到保障，经济活动就无法正常开展。中国民法对保障公民、法人的合法财产权、人身权作了专门的规定，同时也要求他们遵纪守法，在民事活动中应当尊重社会公德，不允许任何组织和个人损害社会公共利益，扰乱社会经济秩序。

（二）正确调整民事关系（第 1 条），维护社会主义经济秩序，促进中国市场经济的建立。经济建设是中国当前的中心任务。运用法律手段，特别是民事法律规定调整经济活动是保证这一中心任务顺利完成的必要条件。如果没有这一必要条件，经济活动就会出现混乱。在市场经济中，日常大量的民事交往和经济活动都需要遵循一定的规则、程序和制度。市场条件下的经济活动应当是规范化的活动。只有这样，没有任何行政隶属关系和人身依附关系的民事主体才能在平等自主的基础上从事民事交往。中国民法作为明确规定平等主体之间的财产所有权关系和财产流转关系的法律规范，确定了公民与法人的民事主体资格，制定了合同、知识产权、财产继承等方面的制度，从而能够维护民事主体的合法权益，正确及时地处理他们之间的权益纠纷，制裁民事违法活动，使经济活动按照法律规定，活跃而又有序地正常开展。

同时，民法作为商品经济的产物，对于市场经济的建立起着不可忽视的重要作用。它不仅规定了一系列的民事交往的原则、民事主体的地位及权利与义务，而且规定了诸如法人制度、联营制度、代理制度、合同制度、知识产权制度、民事赔偿制度等一系列市场经济必须具备的基本制度。在这一意义上讲，民法是市场经济赖以存在的基本法律规范。

三、中国民法的基本原则

依据《民法通则》的规定，民法的基本原则包括：

1、平等原则（第 3 条）。这一原则要求民事活动的参加者地位平等、权利能力平等、法律面前平等。这种平等是市场经济客观规律在法律上的必然反映。地位平等是指民事活动的当事人相对独立、互不依附，公民之间、法人之间及他们相互之间在民事活动中都不存在

高低上下之分。权利能力平等是指民事活动当事人依法从事经济活动的能力、享有的民事权利平等，在受到侵害时得到保护的权利平等，以保护当事人之间的合理竞争。法律面前平等则指在法律适用上当事人一律平等，任何人都不得享有法律范围之外的特权。

2、自愿原则（第 4 条）。在平等基础上形成的民事法律关系要求当事人必须具有意志自由，即当事人根据自己的愿望，自主地从事民事活动，不受任何个人和组织的非法干涉。例如：当事人有权决定其是否参加某一民事关系，有权决定其是否实施某项法律行为，有权决定其参与的民事关系的内容。这一原则对于调动当事人的主动性，特别是增强法人的经营自主权，搞活经济，具有重要作用。

3、等价有偿原则（第 4 条）。等价有偿是商品交换的固有原则。作为独立的民事主体的当事人之间的财产流转关系是通过商品和货币形式进行的交换关系，因而要受到价值规律的支配，需要贯彻等价有偿原则。当公民或者法人的合法权益受到侵害时，同样应贯彻这一原则，使受到侵害的一方得到同等价值的财物作为补偿。

4、诚实信用和公平原则（第 4 条）。诚实信用和公平是市场经济所要求的道德规范。诚实信用要求当事人在经济交往中要实事求是，恪守信用。例如，在签订合同时要如实反映经营情况、产品性能、规格等情况；在订立合同后则要按照合同规定履行合同义务，不能在履行上打折扣，也不能用非正当手段谋取利益。公平一般指当事人在缔结民事关系时要机会均等，利益分配和承担民事责任时要合理。诚实信用和公平原则是促进中国市场经济健康发展的重要法律保障。

5、保护公民和法人的合法权益原则（第 5 条）。这一原则体现了中国社会主义经济和政治制度的本质要求，也是中国民法的宗旨。当前中国在社会主义公有制为主导的前提下，多种经济成分和形式并存的经济结构，以及人民当家作主的国家性质，要求我们对于公民个人和法人的合法权益都要加以保护。

6、遵守法律国家政策原则（第 6 条）。从事民事活动及解决民事纠纷必须遵守法律，没有法律规定的，应当遵守国家政策。这一原则对于改变中国在经济领域中的人治现象，使经济活动建立在法治基础上具有重要意义。学会在日常生活中运用法律保护公民的合法权益，将会极大地促进人民群众的法制观念，因而也是中国法制建设的一个重要方面。

7、遵守社会公德，维护社会经济秩序的原则（第 7 条）。民事权利并非是绝对的。如果当事人滥用其权利，损害社会公德，侵害其他公民和法人的合法权利，破坏社会主义公有制或者经济秩序，也应当依法受到制止或者制裁。

上述基本原则从事经济活动应当遵守的原则；同时它们又是以法律形式规定的原则，因而又具有普遍的约束力。它们不仅对于民事立法具有指导意义，同时对于从事具体的民事活动、处理具体的民事纠纷也有直接的规范意义；在中国民事法律体系尚不完善、社会变革日新月异的时期，这一意义也更加明显。

第二节　民事法律关系

一、民事法律关系的概念

民事法律关系指由民法规范所调整的以民事权利与义务为内容的社会关系，这种社会关系是一定的财产关系、人身关系在法律上的表现。例如，人们在日常生活中对于生产资料和生活资料的占有表现为民法上的所有权关系；人们根据合同应享有的权利和履行的义务则表现为债权关系；代替别人办理某一事务则表现为代理关系。可见，民事法律关系是对社会生活中千变万化的具体财产关系和人身关系的归纳和抽象。

民事法律关系具有与其他法律关系不同的特征可归纳如下：

（1）虽然民事法律关系大多涉及到物，但它并非物与物之间的关系或者人与物之间的关系，而是以物为媒介，由法律加以调整的人与人之间的关系。例如，所有权关系虽然表现为对特定财物的占有、使用和处分，但它规定的实质是针对其他非所有人而言，所有人对该财物所具有的排他性的权利。

（2）它以民事法律规范为前提，这些规范体现了在一定经济基础之上的国家意志，因而是上层建筑范畴的思想社会关系。也就是说，它是经过抽象的、反映为上层建筑中的思想观念层面上的社会关系。例如，经过正反两个方面的经验教训，我们认识到在社会主义初级阶段仍然要允许非公有制的经济成分长期存在，因而《民法通则》在公民一章中规定了个体工商户、农业承包户和个人合伙的概念。

（3）与其他法律关系相比较，民事法律关系的当事人处于一种平等的地位。在行政法律关系上，主管机构和受管理的对象之间是一种隶属、指导与被指导、管理与受管理的关系。在市场经济体制下，经济活动的参与者则处于一种法律上独立和平等的地位，当事人之

间的平等关系应成为调整经济关系的主要手段。从这一特征，可以清楚地看到民法在市场经济中的特殊重要性。

二、民事法律关系的要素

民事法律关系包括主体、内容和客体这 3 个不可缺少的要素。

民事法律关系的主体指在民事法律关系中享有民事权利、承担民事义务的当事人。享有民事权利的一方为权利主体，承担民事义务的一方为义务主体。由于在大多数民事法律关系中，任何一方当事人往往在享有权利的同时也承担相应的义务，例如在买卖关系中，买方有获得该商品的权利，同时又有交付货款的义务，反之亦然，因此，双方当事人既同是权利主体，又同是义务主体。

民事法律关系的内容指民事法律关系主体之间形成的民事权利与义务。任何一项民事法律关系的形成都是以确定一定的民事权利与义务为宗旨，因而内容是民事法律关系的实体部分。不同类型的民事法律关系的权利与义务的内容不同；即使是同一类型的民事法律关系，其权利与义务的具体范围也有不同。其中，民事权利一般包括：（1）依法按自己的意志从事民事活动，如决定是否签署某项合同；（2）权利人为实现自己的利益，可以要求负有义务的对方为或者不为一定的行为，如要求对方当事人按合同提交货物；（3）权利人的权利受到侵害时，可以要求法院或者仲裁机构作出对方赔偿因对方侵害行为所造成的损失。

民事法律关系内容的另一部分，即民事义务一般包括：（1）负有义务的人为使对方权利得以实现，必须在法律规定或者约定的范围内为或者不为一定行为；（2）义务人造成他人权益受到侵害时，应承担相应的法律后果。

民事法律关系的客体指民事法律关系中权利与义务共同指向的事物，其中包括物、行为和智力成果。它是民事法律关系的内容的承受基础。物是指人们能够实际控制和支配，具有一定经济价值的物体。如果没有经济价值或者人们不能控制的物体则不能成为民法上的物；行为指民事主体行使权利和履行义务的活动。如在代理、运输、加工承揽等法律关系中，一定的服务行为成为法律关系的客体；智力成果指人们脑力劳动的成果，如发明创造、文学作品等。

在具体民事法律关系中，物、行为和智力成果往往相互结合在一起共同构成其客体。

三、民事法律关系的发生、变更和消灭

一定的民事法律关系的存在与否是决定民事权利与义务是否存在的法律根据，也是确定有关机构如法院是否就某一主张进行裁决的法律根据。因此，有必要了解民事法律关系的发生、变更和消灭。

民事法律关系的发生、变更或者消灭必须具备两个条件：民事法律规范和能够产生民事法律后果的客观现象和事实。这类由法律规定的，能够引起法律关系产生、变更和消灭的客观情况被称为法律事实。

法律事实可进一步分为事件和行为两类。其中，事件是与当事人的意志无关的客观情况，如自然灾害、人的死亡等情况。行为是民事主体进行的能够引起一定民事法律后果的活动。行为又可进而分为两类：合法的民事行为与非法的民事行为。凡符合国家法律规定或者为国家法律所认可的民事行为是合法的民事行为，在民法上称为民事法律行为。凡不符合国家法律规定的民事行为是违法的民事行为。前者包括：民事法律行为、行政和司法行为、民事侵权行为等，后者包括侵权行为。民事法律关系的产生、变更和消灭的绝大多数是由人的行为引起的，有些民事法律关系则需要由几个法律事实共同引起。

第三节　民事法律关系主体

民事法律关系主体包括公民、法人和非法人组织。在特定场合，国家也可以民事主体的资格出现，如以国家名义发行公债，接受无主财产等。民事法律关系主体必须具备相应的能力才能从事一定的民事活动。例如一个未成年人要从事一起涉及大宗货款的交易，人们就必须先考虑一下他是否具有从事该项活动的能力或者资格。因此，在论述民事法律关系的主体之前，让我们先了解民事法律关系主体的能力问题。

一、民事法律关系主体的民事权利能力和民事行为能力

民事权利能力和民事行为能力是我们判断民事法律关系主体是否具有从事具体的民事活动的资格及其行为是否有效的两项标准。

民事权利能力是国家法律所赋予民事法律关系主体享有民事权利、承担民事义务的能力和资格。它是成为民事法律关系主体的前提条件。

民事行为能力是指民事法律关系主体能以自己的行为享受民事权利和承担民事义务的能力或者资格。它是在国家法律赋予权利能力的前提下，通过主体自身的行为进行具体的民事活动的能力。它一般包括：（1）通过自身行为取得权利、承担义务的能力；（2）通过自身行为控制、处分其财产的能力；（3）通过自身行为独立承担民事责任的能力。

民事权利能力和民事行为能力是既有联系又相互区别的两个不同的法律概念。前者是由法律赋予的，后者则是民事法律关系主体自身的能力依法决定的。具有民事权利能力的人不一定就必然具有相应的民事行为能力，如婴幼儿。

二、公民（自然人）

（一）公民的概念

中国民法所讲的公民是指具有中华人民共和国国籍的自然人。自然人则是指处于自然生存状态的有生命的人。严格讲，它不仅包括中国公民，而且包括在中国境内的外国人和无国籍人。

外国人和无国籍人在中国境内从事民事活动时，也应受中国民事法律规范的管辖。因此，《民法通则》在公民的概念后面加上了自然人的概念，这意味着中国民法中关于公民的规定不仅适用于中国公民，也适用于在中国的外国人和无国籍人；但法律另有规定者除外。

（二）公民的民事权利能力

中国公民的民事权利能力是平等的。按中国法律规定，公民从出生时起到死亡时止，具有民事权利能力，依法享有民事权利，承担民事义务（第 9 条）。公民的民事权利能力一律平等（第 10 条）。

依据中国户籍制度，凡出生后有呼吸的婴儿，即使立即死亡，也应认为已经出生，应作出生登记。出生的时间应以户口簿上记载为准；没有户籍证明者，以医院出具的出生证明为准；没有医院证明者，可参照其他有关证明认定。胎儿在一定情况下也享有一定的民事权利能力，如一定程度上的继承权。

公民的死亡，标志其权利能力的终止。死亡包括自然死亡和宣告死亡。在中国，自然死亡以呼吸和心脏跳动的停止为根据。在实践中，一般以医院签署的死亡证明所记载的时间为准。

（三）宣告死亡

由于在实践中会出现公民离开其住所，长时间下落不明的现象，从而使其各种民事法律关系处于不确定状态，对于其亲属和其他利害关系人产生不利影响，因而中国民法也和各国民法一样规定了宣告死亡的制度。根据中国民法规定，公民下落不明满 4 年的，或者因意外事故下落不明满 2 年的，或者因意外事故失踪经有关机关证明该公民不可能生存的，其利害关系人可向法院申请宣告其死亡（第 23 条）。其起算时间在一般情况下失踪的，为离开其住所地后获知其最后消息之日；在战争中失踪的，为战争结束之日；在意外事故中失踪的，为事故发生之日。死亡宣告应由被宣告人的利害关系人向其住所所在地的基层法院提出申请。法院受理后，应发出寻找该下落不明公民的公告。死亡宣告的公告期为 1 年。但是，因意外事故失踪并经有关机关证明其已不可能生存的公告期为 3 个月。公告期满后由法院根据失踪的事实作出宣告死亡的判决，或者驳回其申请。法院判决中确认的死亡日期或者宣告判决之日为下落不明公民的死亡时间。

（四）宣告失踪

宣告死亡要经过相当长的时间，在这一长时间内，下落不明公民的民事法律关系仍然处于不确定状态。为此，《民法通则》还规定了宣告失踪的制度。按照法律规定，公民下落不明满 2 年的，其利害关系人即可向法院申请宣告其失踪。法院受理后应发出寻找下落不明人的公告，其公告期为 3 个月（第 20 条）。

宣告失踪和宣告死亡不同。宣告死亡是从法律上推定并宣布失踪公民的死亡，并由此而引起受宣告人民事权利能力的终止；宣告失踪则仅仅是从法律上对失踪公民下落不明的这一事实的认定，并不引起受宣告人民事权利能力的终止。例如，宣告失踪并不引起继承的开始，也不会消灭受宣告人的现存婚姻关系，而仅意味着他的一些民事权利，如财产所有权，可由他人代管。

宣告失踪或者死亡的公民重新出现时，经本人或者其利害关系人申请，法院应作出新的判决，撤销原判决。被宣告死亡的公民在原判决被撤销后，其因宣告死亡而丧失的权利并不能全部恢复。例如，当被撤销死亡宣告的公民要求返还财产时，依照继承法取得他的财产的公民或者组织，在原物不存在的情况下，不必返还原物或者进行全部补偿，而可为其基本生活必需给予适当补偿；原配偶已再婚的，原婚姻关系不能自动恢复。此外，有民事行为能力的被宣告死亡之人，在被宣告死亡期间所实施的民事行为应属有效。

（五）公民的民事行为能力

虽然法律规定了所有公民都具有平等的民事权利能力，但并不是一切人都具有行为能力，只有当公民的智力发育成熟，能够审慎地独立处理自己的事务，知道自己的行为所能产生的法律后果时，才具备了行为能力。中国《民法通则》把公民的民事行为能力分为三类：

（1）完全行为能力。年满 18 周岁、精神健全的公民具有完全的行为能力。16 周岁以上不满 18 周岁的未成年人，能以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全行为能力人（第 21 条）。

（2）限制行为能力。10 周岁以上未满 18 周岁的未成年人和不能完全辨认自己行为的精神病人是限制行为能力的人。他们可以进行与其年龄、智力和精神健康状况相适应的民事活动；其他民事活动由其法定代理人代理或者征得其法定代理人同意后进行（第 12 条、第 13 条）。

（3）无行为能力。不满 10 周岁的未成年人和不能辨认自己行为的精神病人是无民事行为能力的人（第 12 条、第 13 条）。他们的民事活动由其法定代理人进行。对于因精神状况原因不能辨认或者不能完全辨认自己行为的法律后果的人，可以依法由其近亲属或者其他利害关系人向该公民住所地基层法院提出宣告其为无行为能力人或者限制行为能力人的申请。法院依法根据事实作出宣告或者驳回申请的判决。被宣告人健康状况得到恢复后，经其本人或者监护人的申请，可以作出新判决，撤销原判决。

（六）监护

监护是指为了保护无行为能力人和限制行为能力人的人身和财产方面的合法权益而设置的一种对他们的行为和权益进行监督和保护的法律制度。监护分为法定监护和指定监护两种。未成年人的法定监护人是其父母。父母亡故或者丧失监护能力的，应由有监护能力的下列人员担任监护人：（1）祖父母、外祖父母；（2）兄、姐；（3）关系密切并愿意承担监护责任的其他亲属、朋友，并经未成年人的父、母所在单位或者其住所地居民或者村民委员会同意的（第 15 条）。精神病人的监护人由下列人员担任：（1）配偶；（2）父母；（3）成年子女；（4）其他近亲属；（5）关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任，经精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会同意的（第 17 条）。在上述人员对担任监护人有争议时，由未成年人的父、母所在单位或者精神病人的所在单位或者他们住所地的居民委员会、村民委员会在近亲属中指定。对指定不服提起诉讼的，由法院裁决（第 16 条、第 17 条）。

监护人的职责是代理被监护人实施民事法律行为；约束被监护人的行为，并承担因被监护人侵害他人合法权益而产生的民事责任；保护被监护人的人身、财产及其他合法权益，除

为被监护人的利益外不得处理被监护人的财产或者为有损被监护人利益的处分行为；教育关心被监护人。

（七）个体工商户、农业承包户、个人合伙

为适应和促进个体经济的发展，中国民法将从事商品经营的个体工商户、农业承包户和个人合伙公民列为民事主体。个体工商户是指在法律允许的范围内，依法经工商管理部门核准登记，从事一定范围工商业经营的公民（第 26 条）。农业承包户是指在法律允许的范围内，按照承包合同的规定从事商品经营的农村集体经济组织的成员（第 27 条）。个体工商户和农业承包户的债务由从事经营的个人或者家庭以其财产承担（第 29 条）。

个人合伙是指两个以上公民按照协议合伙经营、共同劳动、共享利润、共担风险的经营形式（第 30 条）。合伙的债务由合伙人按照出资比例或者协议以各自财产承担。合伙人对合伙的债务承担连带责任，即每一个合伙人都有义务清偿全部合伙债务；当一个合伙人偿还合伙债务超过自己应当承担的数额时，有权向其他合伙人追偿（第 35 条）。个人合伙由于是由自然人以个人或者家庭财产为资本形成的经营形式，中国民法将其归入公民之列。

三、法人

（一）法人的概念和种类

法人是依法成立的具有民事权利能力和民事行为能力，独立享有民事权利和承担民事义务的组织（第 36 条）。依据中国《民法通则》的有关规定，作为民事法律关系的主体的法人必须具备以下条件：（1）必须是依法经国家主管部门批准成立的组织；（2）有必要的财产或者经费；（3）有自己的名称、组织机构和场所；（4）能够独立承担民事责任（第 37 条）。法人终止时，应当依法进行清算。在清算期间，它们可进行与清算有关的活动，但必须停止清算范围以外的活动（第 40 条）。

法人的民事权利能力和行为能力同时于法人成立时产生，法人终止时消灭（第 36 条）。法人的权利能力的范围由其成立时的宗旨和批准的业务范围所决定；其行为能力和权利能力相一致。

由于法人的宗旨和批准的业务范围不同，法人所能从事的经济活动也就不同。如果某一法人从事所批准的业务范围以外或者未经法律认可的经济活动，这一活动则为违法或者无法律根据的行为，如从事农具生产的企业在未经合法的程序更改其宗旨和业务范围，便从事家

用电器的贸易的行为。对于违反国家法律的非法经营活动，应视其具体情况追究其法律责任。

法人作为一种经济组织，其行为能力由法人的机关来行使。法人的机关是依照法律或者法人自己的章程的规定，不需要特别授权而能以法人的名义从事民事活动的机构或者个人。机构是法人的集体代表，它包括董事会、理事会、管理委员会等。个人则是指法律或者法人章程规定的其主要负责人，即法定代表人。它一般包括厂长、经理、董事长等。法人的住所地为其主要办事机构所在地。

中国法人的分为：1、企业法人和非企业法人。企业法人以生产经营为其业务内容，包括全民所有制企业、集体所有制企业、中外合营企业、外资企业和联营型企业法人（第 41 条）。非企业法人依靠国家拨款，从事经济活动以外的社会活动，包括机关、事业单位和社会团体法人（第 50 条）。此外还有公民共同集资以发展文学艺术、科学技术等为目的的事业单位和社会团体。非企业法人除法律有特殊规定的以外，不得从事企业经营活动，非企业法人附属的以营利为目的的企业，应按企业法人的规定，经申请核准登记为企业法人方能营业。2、公司法人和非公司法人。企业法人可分为公司法人和非公司法人。公司法人是依据公司法规定的条件和程序设立的法人。非公司法人是指不是依据公司法而设立的法人，如依据全民所有制工业企业法设立的国有工商企业法人等。3、社团法人与财团法人。社团法人是指以人的集合而具有主体资格的法人的存在为其成立基础的法人，它可以是公益性的，也可以是营利性的。财团法人是仅指以财产集合而组成的法人。

（二）联营

《民法通则》还规定了法人作为民事法律关系主体时的特殊形式，即联营。联营是企业之间或者企业与事业单位之间为实现一定的经济目的，按协议进行联合经营的一种法律形式（第 51 条）。随着个体和私营经济的发展，它们之间、它们与企业或者事业单位之间的联营也已在实践中出现。根据宪法修正案和有关法律的精神，这种联营也是合法的联营形式。联营大体可分为三种具体形式：（1）法人形式的联营。它是由两个以上法人以联营形式组成的具有法人条件的经济实体。（2）合伙形式的联营。联营各方按出资比例或者协议约定，以各自所有或者经营的财产承担民事责任，联营本身并不具有法人条件。（3）合同式联营。联营各方按合同约定各自独立经营，其权利与义务由合同约定，各自承担民事责任。

此外还有非法人组织，在实践中以户为单位的个体工商户、农村承包经营户以及个人合伙组织等，这些非法人组织，亦可以自己的名义参与民事活动而被视为民事主体，《民法通则》对上述非法人组织也作了相应的规定。

第四节　民事法律行为

一、民事法律行为的概念和有效条件

民事法律关系的产生、变更和终止需要有法律规定和相应的法律事实。在众多的法律事实中，民事法律行为最为重要。《民法通则》规定，民事法律行为是公民和法人设立、变更和终止民事权利和民事义务的合法行为（第 54 条）。例如，公民和法人为了从事贸易活动而依法缔结合同的行为。但是，是否所有的公民和法人签订合同的行为都能得到法律的认可呢?这一问题的解决需要首先了解下列民事法律行为的有效条件（第 55 条）：

（一）行为人要有相应的资格。即必须要具有相应的民事行为能力，并要有权行使该行为。无行为能力人或者限制行为能力人从事超出与其年龄或者精神健康状况相适应的民事活动的，应由其法定代理人代理或者征得其法定代理人同意。法人应在法律规定范围内或者在核准登记的范围内实施民事法律行为。

（二）意思表示必须真实。行为人表达于外部的意思要与其真实意思相一致。

（三）不违反法律或者社会公共利益。不违反法律，包括行为的内容和形式不违反法律两个方面。内容不违反法律是指行为的动机、目的、内容等要符合国家法律和政策的要求，如不得买卖禁止流通物；不得在出租房屋时收取高额租金；不得恶意串通侵害被代理人的利益等。形式不违反法律是指行为的表现形式要符合法律的规定。凡是法律上对某种民事法律行为规定必须采用某种形式的，行为人必须按照法律规定的形式实施，否则也不会具有法律效力。

民事法律行为自成立时具有法律效力。行为人除依法律规定或者取得对方同意外，不得擅自改变或者解除（第 57 条）。民事法律行为也可附加条件。附条件的民事法律行为在当事人设立的条件出现时发生法律效力（第 62 条）。此外还有附期限的法律行为，即把期限的到来作为法律行为生效和终止的依据。

二、无效的民事行为和可撤销、可变更的民事行为

凡不具备或者不符合民事法律行为的有效条件，不能产生行为人预期法律后果的民事行为都是无效的民事行为和可撤销、可变更的民事行为。

无效的民事行为是指不具备民事法律行为的有效条件，不能产生行为人预期法律后果的行为。它包括：1、无民事行为能力人实施的；2、限制民事行为能力人依法不能独立实施的；3、一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下所为的；4、恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的；5、违反法律或者社会公共利益的；6、经济合同违反国家指令性计划的；7、以合法形式掩盖非法目的的。无效的民事行为，从行为开始起就没有法律约束力（第 58 条）。其认定不需要特别的方式，法院或者主管机关只要查明有上述条件之一的，不论是否有人提出请求，都可认定该民事行为无效；在请求确认民事行为无效的诉讼中，任何人都可提出这种请求。

可撤销、可变更的民事行为是指形式上符合民事法律行为的条件，但根据法律规定，当事人可请求法院或者仲裁机关予以变更或者撤销的民事行为。它包括：1、行为人对行为内容有重大误解，如对行为所涉及的产品的类型、规格的误解等。2、民事行为显失公平，如利用他方无经验或者急需而实施的对他方极为不利的民事行为。可撤销或者可变更的民事行为在未经撤销或者变更前仍然有效；其撤销程序必须由当事人一方向法院或者仲裁机关提出请求，由上述机构依法予以撤销或者变更。在作出撤销判决后，被撤销的民事行为从行为开始时无效（第 59 条）。

有些民事行为会产生部分无效的问题。在这种情况下，民事行为的无效部分并不影响其他部分的效力（第 60 条）。民事行为被确认无效或者被撤销后，当事人用该行为取得的财产应当返还给受损失的一方；有过错的一方应赔偿对方因此而遭受的损失；双方都有过错的应各自承担相应的责任（第 61 条）。

三、民事法律行为的形式

民事法律行为的形式，是指进行民事法律行为时行为人意思表示的方式。任何意思都必须以一定方式表达出来，他人才会知晓，才可能与之设立民事法律关系。

民事法律行为以是否要依照法律规定的形式进行为标准可分为两大类：要式行为和非要式行为。要式民事法律行为是指行为的成立须依法律规定的形式。非要式民事法律行为是指行为的成立可采用书面形式、口头形式或者其他形式。法律规定用特定形式的，应当依照法

律规定。中国民事法律行为以非要式为主。法律要求和允许的民事法律行为的形式主要有下列种类：

1、书面形式是以书写成书面文件的方式进行意思表示的行为，其特点是稳定、明确、便于避免和解决纠纷，适用于较重要的、不能即时清结的民事法律行为。书面形式又可进而分为一般和特殊两种形式。一般书面形式是指用文字进行意思表示；特殊书面形式是指除文字进行表示外，还必须对书面的法律行为进行公证、鉴证或者核准登记，例如，建立合资企业的合同必须得到国家有关机构的批准才能生效。

2、口头形式是用口头谈话方式进行意思表示的行为，其特点是简便易行、直接迅速，但是容易发生争议，适用于一般价额不大或者可以即时清结的民事法律行为。

3、推定形式是通过实施某种行为的方式进行意思表示的行为。他人可根据行为人的行为推定其已表达了设立、变更或者终止民事法律关系的意思。

4、默示形式是通过沉默方式进行意思表示的行为。默示形式只有在法律有规定时才具有法律效力。如《继承法》规定，继承开始后，继承人放弃继承的，应当在遗产处理前，作出放弃继承的表示。没有表示的，视为接受继承。受遗赠人应当在知道受遗赠后两个月内，作出接受或者放弃受遗赠的表示。到期没有表示的，视为放弃受遗赠（第 25 条）。

第五节　代理

一、代理的概念及特征

代理是代理人在代理权限内，以被代理人（本人）的名义实施民事法律行为，其法律效果直接由被代理人承受的一种民事法律行为（第 63 条）。代理关系涉及被代理人、代理人和第三人三方及他们之间的关系。

代理的特征是：（1）代理人以被代理人的名义实施民事法律行为。如果以自己的名义完成委托的工作则不是代理，如信托商店以自己的名义代卖委托人的物品。（2）代理人在被代理人的授权范围内独立地进行意思表示。在代理关系中，代理人实施的民事法律行为的目的是满足被代理人的需要，因而代理人必须在被代理人的授权范围内从事民事活动；但在

这一范围内，代理人有独立进行意思表示的权利。这就与居间人、传达人的活动相区别。（3）代理行为的法律后果直接由被代理人承担。代理的作用在于被代理人通过代理人的活动来实现自己的民事权利与义务，因而代理行为产生的权利与义务由被代理人直接享有和承担；代理人也只能代理一方当事人，不能同时代理双方当事人。

代理制度有利于扩大当事人的行为能力，有利于促进商品经济的发展。它的适用范围非常广泛。但并非所有的民事法律行为都可通过代理人实施。依照法律规定或者按照双方当事人约定，应当由本人实施的民事法律行为不得代理。因为这类行为一般为具有人身性质的民事行为，如办理婚姻登记等。他人的代理会构成对特定人身权的侵犯。

二、代理的种类

（一）委托代理

委托代理是代理人依据被代理人的委托而进行的代理。委托代理是一种合同关系，须经双方的意思表示一致才能成立。委托代理的形式可采用书面形式或者口头形式，但法律有规定时，只能采用法律规定的形式。在设立委托关系时，代理的事项、权限范围等必须明确、具体。如委托书授权不明，被代理人应向第三人承担民事责任，代理人负连带责任（第 65 条）。为被代理人的利益需要转托他人代理的，委托代理人在征得被代理人事先同意或者事后追认的情况下可转托他人代理（又称复代理）；但在紧急情况下除外，如果原代理人未得到被代理人的事先同意或者事后追认，被代理人则对转托代理不承担责任（第 69 条）。

（二）法定代理

法定代理是直接根据法律的规定而产生的代理。这一代理制度主要是为无行为能力人和限制行为能力人行使其民事权利或者履行其民事义务而设立的。如《民法通则》规定，无行为能力人、限制行为能力人的监护人就是其法定代理人。

（三）指定代理

指定代理是根据主管机关或者法院的指定而产生的代理。其作用是在某些情况下为诉讼当事人指定代理人或者在对担任无行为能力人或者限制行为能力人的监护人有争议时，由法院或者主管机关为其指定代理人，以保障其合法权益。

三、代理权的行使与代理关系的终止

（一）代理权的行使

代理是代理人为被代理人的利益而以其名义代为从事民事法律行为的制度，因此代理人在行使代理权时必须遵守以下几点：（1）代理人必须在授权范围内进行代理活动，否则便是无权代理或者超越代理权。无权代理或者超越代理权的行为只有经被代理人追认，才能由被代理人承担民事责任；未经追认的行为由行为人承担责任。如果被代理人拒绝追认无权代理或者超越代理行为，他应明确地向无权代理人作出否认表示，否则被视为表示同意。（2）代理人必须亲自认真进行代理活动。从被代理人的利益出发，争取在对被代理人最为有利的情况下完成代理行为，代理人不履行职责而给被代理人造成损害的，应当承担民事责任。（3）代理人不得滥用代理权，如代理人不得以被代理人的名义与自己实施法律行为，不得代理双方当事人而实施同一个法律行为，不得与第三人串通而损害被代理人的利益。

（二）代理关系的终止

代理关系的终止同样要以一定的法律事实为根据。由于代理的种类不同，代理关系的终止也有以下几种不同情况：（1）委托代理的终止。在代理期间届满或者代理事务完成，代理人死亡或者丧失民事行为能力，作为被代理人或者代理人的法人终止，被代理人取消委托或者代理人辞去委托的情况下，委托代理终止（第 69 条）。（2）法定代理和指定代理的终止。在代理人取得或者恢复民事行为能力，被代理人或者代理人死亡，代理人丧失民事行为能力，指定机构取消指定等情况下，代理终止（第 70 条）。

第六节　民事权利

民事权利是受法律所保护的平等的民事主体在其相互间的财产关系和人身关系中应享有的权益。它包括物权与财产所有权、债权、知识产权、继承权、人身权。

一、物权与财产所有权

（一）物权的概念

物权是权利主体在法律规定的范围内，直接支配一定的物并排除他人干涉的民事权利，它是同债权相对应的一种财产权。从总体上说，它是物质资料所有制和财物占有、支配关系

的法律表现。物权的范围很广泛，概括起来可作如下分类：所有权、用益物权和担保物权、准物权、它物权、从物权、动产物权与不动产物权等。

（二）财产所有权

1、财产所有权的概念

财产所有权是指所有人依法对自己的财产享有占有、使用、收益和处分的权利（第 71 条）。它是所有制在法律上的表现。与其他民事权利相比，所有权是一种绝对的、排他的支配权，即它不允许其他人干涉，也不需要其他人的积极协助，而只需要他们不妨害所有人的权能，所有人以外的任何人均负有这种义务；每一项财产也只能有一个统一的所有权（虽然这一完整的所有权可以为几个主体所共同享有，从而构成共有关系）。

2、财产所有权的法律关系

所有权作为一种民事法律关系由主体、客体和内容三个要素构成。

所有权的主体包括权利主体和义务主体，即享受权利的所有人和承担义务的人。权利主体是特定的；义务主体是不特定的，包括所有人以外的其他任何人，他们均负有不得侵犯所有人的所有权的义务。

所有权的内容是指所有权法律关系中的权利与义务。其中所有权中的权利是所有人对自己财产享有占有、使用、收益和处分的权能；义务是指不特定的义务主体所负的不得侵犯他人所有权的责任。

占有，是所有人对其财产的实际控制。占有分为所有人占有和非所有人占有。所有人占有是所有人依法行使占有权的活动。非所有人占有又分为合法占有与非法占有。合法占有是指非所有人依法或者经所有人同意的占有。非法占有是指非所有人未经所有人同意又无法律根据的占有。其中又分为善意占有和恶意占有。占有人不知道或者不可能知道占有是非法的为善意占有。善意占有受到法律的一定保护，即使将占有物归还原主，也应得到适当补偿。恶意占有是指占有人知道和应当知道占有为非法而进行的占有。恶意占有人应向原主归还占有物或者由国家收缴占有物。

使用，指按照事物的性能而加以利用。使用也可分为所有人使用和非所有人使用。其中非所有人依照法律规定或者与所有人约定才可使用，否则为非法使用。

收益，指利用财物以获得某种利益，即孳息。收益分为天然收益和法定收益两种。按事物的自然规律而产生的收益为天然收益，如鸡下蛋、树结果等。依法从事民事活动而产生的收益为法定收益。通过经营活动而取得的收益是收益的最主要形式。它是天然收益和法定收益的结合。

处分，是指对物在事实上和法律上的处理。处分权是所有权中最主要、最基本的权能，直接涉及物的命运，即物的所有权的归属和物的消失。原则上处分权只能由所有人享有，但在某些情况下，非所有权人根据法律规定或者所有人的同意也可行使处分权，如债权人根据抵押合同有权对债务人的抵押财产行使处分权。

占有、使用、收益和处分共同构成所有权的内容。但在实践中，某一项或者几项权能与所有人暂时分离的现象时常出现。这并不意味着所有人丧失了所有权。如国家所有权和国有企业的经营权、集体所有权和承包经营权就可以依法分开。这种合法的分离，有助于充分发挥财产的用途，增加物质财富，满足所有人及非所有人的和生活需要，同时也是有效行使所有权的方式。

3、财产所有权的种类

中国当前的所有权有四种，它们都受国家法律的保护。

（1）国家所有权（第 73 条）。全民所有制财产的所有权属于国家，因为只有国家才能集中地体现全体人民的意志。国家所有权的客体要有种类上的限制。任何财产都可为国家拥有，其中有些财产，如矿山、大森林、铁路等，只能由国家所有。根据中国《民法通则》规定，全民所有制企业对国家授予它经营管理的财产依法享有经营权（第 80 条、第 81 条、第 82 条）。经营权是由国家授予的，因此企业在授权范围内享有一定的占有、使用、收益和处分的权利，以国家交给的固定财产和流动资金承担民事责任；在规定的范围内自行决定企业的经营活动，自行支配留给企业的收入。国家仍对全民所有制企业拥有所有权。它主要体现在国家在不损害企业合法利益，不损害企业债权人利益的条件下，对企业拥有关、停、并、转之权，有下达国家计划、拨款投资和任命、批准法定代表人等权力。

（2）劳动群众集体所有权（第 74 条）。集体所有权的主体是劳动群众集体组织，其中的成员对集体财产不享有所有权，但可享有股权。集体所有权的客体是有限的，它包括：法律规定为集体所有的土地和森林、山岭、草原、荒地、滩涂等；集体经济组织的财产；集体所有的建筑物、水利设施和教科文体卫生等设施及其他财产。集体所有权的内容，即各项权利，可以由集体经济组织行使，也可由集体组织将权利转移给他人行使。

（3）公民个人所有权（第 75 条）。一切公民都可成为所有权的主体。公民所有权的客体包括：公民的合法收入、房屋、储蓄、生活用品、文物、图书资料、林木、牲畜和法律允许公民所有的生产资料及其他合法财产。随着个体工商户、个人合伙和私营经济的发展，个人财产的范围也得到前所未有的发展。公民的个人财产所有权依法可以继承（第 76 条）。

（4）社会团体的合法财产权（第 77 条）。社会团体包括群众团体、社会公益团体、文艺团体、学术团体、宗教团体等依法组成的团体，其所有权客体主要是房屋、专业设备、图书资料和资金。

4、财产所有权的取得和丧失

所有权关系的产生、变更和消灭要基于一定的法律事实。所有权的取得一般分为两类：（1）原始取得，即不基于任何人的所有权，依法直接取得。如生产所得、天然收益、国家接受的无主财产和没收的非法所得等均为原始取得。（2）传来取得，即通过合法形式而取得原财产所有人的所有权。如通过合同、接受赠与、继承等法律行为取得财产所有权。在传来取得中，财产所有权从财产交付时起转移，法律另有规定的或者当事人另有约定的除外。所有权的丧失有以下几种情况：（1）因所有权客体的消灭而丧失。如生产中原材料的消耗、自然灾害或者其他原因使所有物毁灭。（2）因所有权的转让或者放弃而丧失，如买卖、赠与等行为。（3）因国家机关的行政决定或者法院判决而丧失。如国家向所有人征税、征用财产、法院判决侵权行为人向受害者赔偿一定财物，等等。（4）因所有权主体的消灭而丧失。如公民的死亡、法人的解散都会引起所有权的转移和丧失。

5、财产所有权的保护

民法保护所有权的方法是通过民事诉讼程序进行的。当所有权受到侵害时，所有人有权向法院提出诉讼，请求保护。民事审判中，通常采用的保护方法有以下几种：

（1）确认所有权。所有权的归属发生争议时，当事人有权要求法院确认所有权。法院应依法作出裁决，在此基础上再采取其他保护方法。

（2）返还原物。法院经审理查明所有人的财产被他人非法侵占时，责令侵害人返还原财产。如原物已被非法占有人转让给第三人，要根据第三人的具体情况和责任妥善处理。

（3）排除妨害。法院查明所有人行使所有权受到妨害时，责令妨害人排除妨害。

（4）赔偿损失。当财产因他人不法侵害而受到损坏、毁灭时，所有人有权要求致害人赔偿损失。

（5）恢复原状。所有人的财产被他人非法侵占遭到破坏时如果能够恢复，则所有人有权要求加害人恢复财产原状。

6、财产共有权

财产共有权是指两个以上的公民或者法人共同享有对某一财产的所有权（第 78 条）。随着市场经济的发展，财产共有关系也越来越普遍。财产共有的法律特征是：（1）共有财产为两个以上的多数主体所有；（2）共有财产（共有的客体）是特定的，各共有人对共有

财产共同享有所有权，每个共有人的权利及于整个共有物。（3）虽然共有人可按照各自的份额享有权利，但是共有人对共有财产共同享有占有、使用、收益和处分的权利。

财产共有不是一种独立的所有权形式，而是一种所有权的联合体。共有可以是同种类的所有权的联合，也可以是不同种类的所有权的联合，如国有、集体或者个人所有权之间的联合。在这种情况下，共有人为国家、集体或者个人。

共有可以分为按份共有和共同共有（第 78 条）。

按份共有是指共有人按各自的份额或者比例，对共有财产拥有所有权（第 78 条）。这种份额或者比例决定各个共有人的权利与义务的范围大小。这一范围并不局限于共有财产的某一具体部分上，也就是说并非对某一具体部分单独享有所有权，而是及于该财产的全部。在共有与第三人发生的债务关系中，如果是可分之债，各共有人按各自份额或者比例承担债务；如果为不可分之债，则各共有人应负连带责任。按份共有人可随时将自己的份额分出或者转让。但在出售时，其他共有人在同等条件下，有优先购买权。

共同共有是指两个以上的公民或者法人根据共同关系对共有财产共同享有权利并承担义务（第 78 条）。在这种共有中，财产不分份额或者比例，权利与义务并不按份额或者比例决定，而是平等的。共同关系是共同共有的前提。共同关系一般具有人身权性质，如婚姻关系、家庭关系。在共有与第三人发生债务关系时，各共有人承担连带责任。在共有关系存续期间，对共有财产的分割必须要有全体共有人的同意，但共有人尤其是合伙人可就经营共有财产的所得利润或者盈余请求分割。共同共有主要因共有关系的终止而结束。在共同共有终止时，对共有财产应进行分割。分割方法有：实物分割、变卖并分割价款、作价补偿等方法。有协议的，按协议处理，没有协议的，一般可根据均等原则，并考虑各共有人对共有财产的贡献大小、共有人生产和生活的实际情况等处理。

（三）用益物权、相邻物权

1、用益物权。指所有权中的使用、收益之权。中国民法规定了几种用益权：（1）土地用益权。国家所有的土地可以依法由全民所有制单位使用，也可确定由集体所有制单位使用。使用单位有保护、管理、合理使用的义务。土地的使用权可以依法转让。（2）土地承包经营权。它是公民、集体依法签订承包合同，对集体所有或者使用的土地进行承包经营的权利。（3）资源用益权。它是全民所有制单位或者集体所有制单位依法使用国家所有的森林、山岭、草原、荒地、滩涂、水面等资源的权利。（4）自然资源承包经营权。它指公民、集体依法对集体所有的或者使用的自然资源通过承包合同而享有的承包经营权。（5）开矿权，指全民所有制单位、集体所有制单位和公民依法对国家所有的矿藏进行开采的权

利。（6）国有企业经营权，指国有企业对国家授予它经营的财产依法享有占有、使用、收益和处分的权利。

2、相邻物权。相邻物权是指不动产相邻各方在行使其各自财产所有权时，要求相邻他方不妨害其正常行使所有权或者为其行使所有权提供方便的权利。相邻关系实质上是对不动产所有人或者使用人的权利的延伸或者限制。它要求相邻各方应按照有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的精神，正确处理用水排水、通行、通风、采光、防污、防险管线设置等关系。如对他方造成妨碍或者损失的，应排除妨碍或者赔偿损失（第 83 条）。

（四）担保物权

担保物权是为了担保债务的履行，在债务人和第三人的特定物和权利上所设定的物权。担保物权是一种从物权，是担保债的履行，确定债务人履行义务。担保物权在传统民法中包括抵押权、质权和留置权。在中国《民法通则》中债的担保中规定了抵押权和留置权，没有规定质权（第 89 条）。但是在《担保法》中规定了更多的担保方式。

二、债权

（一）债的概念及特征

民法上的债是指按照合同的约定或者依照法律规定，在当事人之间产生的特定的权利与义务关系。其中享有权利的人是债权人，负有义务的人是债务人。债权人有要求债务人按照合同规定或者依照法律规定履行义务的权利（第 84 条）。

债权是一种财产权。与所有权相比，债权是一种动态的、主要反映财产流转性的财产权，而所有权则是静态的反映财产归属性的财产权。在市场经济条件下不仅需要有反映静态的所有权制度，同时也要有反映动态的债权制度。

债具有以下法律特征：（1）因为财产流转需要有明确的双方当事人，债权法律关系的权利主体和义务主体都是特定的。（2）从债权法律关系的内容看，债权是一种请求权。债权人要想实现财产的流转，必须要求债务人提供帮助。一方请求另一方实施，另一方应其请求而实施的行为，在民法上称为给付。在多数情况下，双方当事人都享有权利并负有义务，因而他们既是权利主体又是义务主体。如买卖合同中，卖方有权要求买方给付价金，同时又负有给付标的物的义务。（3）债的客体，即债权人的权利和债务人的义务共同指向的对象，可以是物，也可以是智力成果和行为。

（二）债产生的根据和债的分类

1、债产生的根据，是指产生债的法律事实。按照民法通则的规定，债的产生根据可分为以下几类：

（1）合同之债。合同是引起债的关系发生的最普遍的重要法律事实。债是一种特定的权利义务关系，而合同则是设立、变更、终止某一权利义务关系的协议，因而订立合同，即达成财产流转关系的协议，必然是债发生的基本根据。

（2）不当得利之债。不当得利是指没有法律或者合同根据而得到利益，致使他人受损害而形成的债。由于不当得利没有法律上的根据，因而必须把该利益返还给受损害人。如商店售货员多付了货物或者钱，收到货或者钱的顾客便构成不当得利，形成一种应由该顾客返还不当所得的债权债务关系。但如果得利者是明知故犯，那就不是不当得利，而是侵权行为了。

（3）侵权之债。因侵犯他人的合法权益，致人损害而引起的债为侵权之债。侵权行为包括对他人的所有权、人身权、知识产权等所有合法权益的侵害。如他人身体、名誉受到侵害，他人作品遭到剽窃，受害人就有权要求侵权行为人给予赔偿并停止侵害。

（4）无因管理之债。因无法定或者约定的义务，为避免他人利益受到损失而进行管理或者服务而产生的债为无因管理之债。无因管理者的行为对他人及社会都有好处，他因此而付出的费用、负担的债务或者受到的损失，应由受益人偿还。如照料他人走失的牲畜，没有委托而照管他人房屋等行为，都可以引起无因管理之债。

2、债的分类

（1）单一之债和多数人之债。单一之债是指债的双方主体即债权人和债务人都仅为一人的债。多数人之债是指债的双方主体均为两人以上或者其中一方主体为两人以上的债。

（2）按份之债和连带之债。按份之债，指债权人或者债务人按照确定的份额分享权利和分担义务的债。连带之债，包括连带债权和连带债务。连带债权是指根据法律规定或者约定，债权人中的任何一人都有要求债务人全部履行义务的权利。连带债务是指债务人中任何一个负有履行全部债务的义务。

（3）特定之债和种类之债。特定之债，又叫特定物之债，是指以特定物为标的物的债。种类之债又称种类物之债，是指以种类物为标的物的债。

（4）主债和从债。主债是指能够独立存在，可以他债为前提的债。从债是指不能独立存在，须以主债的存在为成立前提的债。

除此以外，还有简单之债和选择之债、财务之债和劳务之债的划分。

（三）债的担保

债的担保是促使债务人履行债务，保障债权人实现债权的法律手段。它在原债权债务关系上又增加了某种权利义务关系，从而保证债务的履行，是一种简便的，保证交易安全，保障当事人合法权益，促进经济发展的重要法律制度。

根据《民法通则》第 89 条及《担保法》（1995 年 6 月 30 日第 8 届全国人民代表大会常务委员会第 14 次会议通过，1995 年 10 月 1 日起施行）的有关规定的规定，债的担保有以下几种形式：

1、保证（《担保法》第 2 章）。保证是保证人与债权人订立的在债务人不履行债务时，代替债务人履行债务或者承担赔偿责任的约定。它是债的担保的一种合同形式。保证的要求主要有：保证人必须具有民事行为能力及必要的财产；担保合同应当明确担保责任范围；保证人对债务依担保合同承担保证责任；保证人履行债务后，有权向债务人追索其代付的费用。

2、抵押（《担保法》第 3 章）。抵押是由债务人或者第三人事前提供一定财产作为抵押物，从而担保履行债务的制度。抵押物可由债务人提供，也可由第三人提供；在债务人不履行债务时，债权人有权以抵押物折价或者变卖抵押物的价款优先得到偿还；抵押物应为依法可流通物；抵押期间，抵押人不得转移抵押物。抵押是以抵押物的价值作为债的担保，其价值往往大于所担保的债务，因而是较可靠的债的担保形式。

3、定金（《担保法》第 6 章）。定金是因合同订立而由一方当事人先行交付给对方的金钱。如交付定金后，给付方不履行合同，他就不得请求返还定金。如履行了合同，定金可抵作价款。因而定金既有预付款的作用，又有证明合同存在，促使当事人履行合同并惩罚违约方的作用。

4、留置（《担保法》第 5 章）。留置是指在债务人不履行义务时，债权人有权留置因合同关系已占有的债务人的财产，并依法以留置财产折价或者以变卖该项财产的价款优先得到偿还的制度。行使留置权应注意：所留置的财产必须是合同订立时对方自愿提供给留置方的财产；留置的财产与债权的发生有关联；只是在清偿期已过，债务仍未履行时，债仅人才有权留置该项财产；超过法定留置期后，留置权人可依法变卖留置物并从中得到补偿；如债务人履行债务，留置权人有义务返还留置物。

5、质押（《担保法》第 4 章）。质押是指债务人或者第三人将其动产或者权利凭证交债权人占有，而将该动产或者权利作为债权的担保。债务人不履行债务时，债权人有权依照《担保法》的规定以该动产或者权利折价变卖后偿债。质押与抵押是不同的两种担保方式。如以动产为质物的质押，必须转移担保物的占有，同时债权人对担保物的孳息有收取权，以

及在一定条件下的对担保物的处分权。而以权利凭证作质押的，则应依照《担保法》的有关规定办理。

（四）债的转让与消灭

债的转让是指一方当事人将其债权或者债务转让给第三人。债的转让是市场经济的必然现象。债权债务关系形成后，因实际情况的变化，如市场行情的变化、不可抗力发生等情况，应允许一方当事人将其债权或者债务的全部或者一部转让给第三人。合法的转让与买空卖空、非法转让合同根本不同。根据《民法通则》的规定，合同的转让应具备三个条件：（1）转让债权或者债务应取得合同另一方的同意，否则该项转让无效。（2）不得从转让中牟利。如从中牟利，便是非法转让合同。（3）依法应经国家批准的合同，债务转移协议还需经原批准机关批准，才能转让。但法律或者原合同另有规定的可以例外。

债的消灭是指债的权利与义务关系因一定的法律事实的出现而终止。引起债消灭的法律事实主要有：（1）债因履行而消灭，这是债的消灭的最主要方式；（2）债因抵消而消灭，即双方互负债务，他们相互充抵而同时消灭；（3）债因提存而消灭，即在债权人无故不接受履行或者债权人下落不明而无法履行时，经公证机关证明或者法院裁定，将标的物提交有关主管机关保存，从而解除债务。（4）债因双方协议而免除。

三、知识产权

（一）知识产权的概念及特征

知识产权是公民和法人对其脑力劳动创造的非物质财富所享有的非物质财产权。在中国，知识产权是著作权、发现权、发明权和其他科技成果权及专利权与商标权的总称。知识产权与财产所有权相比较有以下几个特点：

1、知识产权是一种无形的财产权。它不同于家具、房屋等等有形的财产权。知识产权是没有形态的思想、方法、技术，它能满足人们的精神享受，提高劳动生产力。

2、知识产权须经法律直接确认。知识产权一般在履行了一定的法律手续后方能取得，如登记、批准或者注册等程序。

3、知识产权具有专有性即排他性。即指法律特别规定未经知识产权所有者的同意，任何人都不得占有使用其知识或者技术。但这种专有权是相对的，中国采取既要尊重知识、保护知识产权人的权利，又要发挥智力成果的作用，为社会服务，这是中国智力成果的重要特征。

4、知识产权具有地域性。即指受一国确认和保护的知识产权，只有在该境内有效，在其他国家不发生效力，知识产权要得到其他国家的承认，就一定要在该国登记、注册，并被批准。如果一国没有专利制度，而由他国保护的专利权，在该国就得不到保护。

5、知识产权具有时间性。由于脑力劳动的成果更新很快，急需迅速向社会推广新的成果，各国对于知识产权都订立了期限，超出了法定的期限，知识产权就消灭，没有再加以保护的必要。

（二）知识产权的类别

1、著作权

根据《著作权法》（1990 年 9 月 7 日第 7 届全国人民代表大会常务委员会第 15 次会议通过，根据 2001 年 10 月 27 日第 9 届全国人民代表大会常务委员会第 24 次会议《关于修改〈中华人民共和国著作权法〉的决定》第一次修正，根据 2010 年 2 月 26 日第 11 届全国人民代表大会常务委员会第 13 次会议《关于修改〈中华人民共和国著作权法〉的决定》第二次修正））的规定，它是指作者或者其他主体（公民、法人或者非法人单位）对其文学、艺术和自然科学、社会科学、工程技术等作品，依法享有的署名、发表、出版和取得报酬的权利。著作权的主体是从事创作活动并拥有作品的公民、法人或者非法人单位。著作权的客体是作者创造的一定形式的科学、理论著作、文学艺术等作品。著作权的内容包括人身权和财产权两个方面。其中人身权包括作者的署名权、发表权、修改权和保护作品完整权。财产权是指对作品进行复制、表演、播放、展览、发行、摄制电影、电视、录像、翻译、改编、注释、编辑等，作者有获得报酬权。凡是对上述权利进行侵犯的都构成对著作权的侵犯，其主要表现是：剽窃行为、未经作者同意擅自公开发表或者利用其作品的行为、擅自改动他人作品的行为或者擅自翻印、复制他人已发表的作品以出版或者出售的行为、利用他人作品后拒绝支付报酬的行为等。

但是，某些法律规定可以不经著作权人的许可，也可不必向其支付报酬而使用其作品的行为，则不作为侵权行为处理。例如，介绍、评论某一作品，为了研究某一问题，或者进行教学、科学研究适当引用他人已发表的作品或者翻译、复制已发表的作品等等。

1992 年第 7 届全国人民代表大会常务委员会第 26 次会议决定中国加入《保护文学艺术作品伯尔尼公约》和《世界版权公约》。

2、专利权

专利权是指专利权人依法在一定期限内对其发明创造所享有的专有权。根据中国《专利法》（1984 年 3 月 12 日第 6 届全国人民代表大会常务委员会第 4 次会议通过，根据 1992

年9月4日第7届全国人民代表大会常务委员会第27次会议《关于修改〈中华人民共和国专利法〉的决定》第一次修正，根据2000年8月25日第9届全国人民代表大会常务委员会第17次会议《关于修改〈中华人民共和国专利法〉的决定》第二次修正，根据2008年12月27日第11届全国人民代表大会常务委员会第6次会议《关于修改〈中华人民共和国专利法〉的决定》第三次修正）的规定，专利权的客体是发明创造，其中包括发明、实用新型和外观设计。发明是利用自然规律对现有技术进行变革的新成就。如新产品的发明、新方法的发明。实用新型是指对产品的形状、构造或者其组合提出的适用于实际应用的新方案。其特点是改良技术，使产品实用、方便。外观设计是指对产品的形状、图案、色彩或者其组合作出的负有美感并适用于工业应用的新设计。它只涉及产品的外观的装饰性或者艺术性设计，并不涉及产品的技术性能。

按照中国《专利法》的规定，申请专利的发明创造必须具备3个条件，即新颖性、创造性和实用性（第22条）。新颖性是指发明的前所未有性。创造性是指发明要有突出的实质性特点和显著进步。实用性是指发明能够应用于实际生产，并能产生积极效果。发明和实用新型只有在符合上述3个条件时，才能申请专利；外观设计只要求符合新颖性。

专利权的主体是公民和法人。如果是职务发明创造，即执行本单位的任务或者主要是利用本单位的物质条件完成的发明创造，申请专利的权利属于该单位；如是非职务发明，申请专利的权利属于发明人或者设计人。专利权也可由两个以上的公民或者法人所共有。专利权的取得必须经发明人或者设计人向专利局提出专利申请，经其依法定程序审查合格后，发明人或者设计人才能取得专利权。中国专利权的申请和审批采用的是“早期公布、延迟审查、公告异议”的制度。如两个或者两个以上的申请人或者单位在同一日分别就同样的发明创造申请专利的，应当在收到专利局的通知后自行协商确定申请人。由于专利权是可以转让的，其他人通过合同、继承也可以成为专利权的继受主体。但他只享有其中的财产权，而无人身权。

专利权人的权利与义务构成专利法律关系的主要内容。专利权人的权利主要有：（1）在专利权有效期间内，专利权人具有对专利的独占权。根据中国《专利法》，发明专利权的有效期为20年；实用新型和外观设计专利权的有效期为10年；期限的计算均自申请之日起算（第42条）。在有效期内，专利权人享有使用专利从事生产经营和销售专利产品的权利；任何其他单位或者个人实施专利的，必须与专利权人订立书面实施许可合同，向专利权人支付专利费用，否则就是侵权行为，但法律另有规定的发明和实用新型除外。（2）专利权人有权转让和许可他人使用专利权。全民所有制单位转让专利权的，须经上级主管机关批

准；中国人向外国人转让专利权的，须经有关主管部门批准。个人可以依法通过遗嘱或者遗赠处分其专利权。（3）专利权人有署名权。职务发明的专利权由发明人所属单位所有，但发明人或者设计人有在专利文件中写明自己是发明人或者设计人的权利。专利权人还有权在其专利产品或者其他包装上附上专利标记和专利号。

专利权人的义务包括：（1）专利权人负有自己在中国制造其专利产品，使用其专利方法，或者许可他人制造或者使用的义务。否则国家可对该项专利实行强制许可实施。（2）专利权人应自被授予专利权的当年开始交纳年费。（3）专利权人不得滥用专利权，不得以专利损害公共利益和社会公德。由于专利制度对于鼓励发明创造，促进技术交流，推动经济建设具有重要意义，国家对专利权从法律上也作了必要限制。如对违反法律、社会公德或者妨害公共利益的发明创造不授予专利权；对有些项目如食品等不授予专利权；专利权人自专利权被授予后 3 年内，无正当理由而不实施或者不允许他人实施专利的，专利局可根据具备实施条件的人的申请，给予实施该项专利的强制许可；为科学研究和实验而使用有关专利的，不视为侵犯专利权。

3、发明权、发现权和其他科技成果权

发明权是指发明人依法对其发明应享有的权利。发明权与专利权都是基于某项发明成果而产生的权利。但发明权与专利权并不完全一样。它们的区别是：发明权的主体只能是发明人本人，而专利权的主体则包括发明人和设计人；发明权的客体只是发明创造，而专利权的客体则包括发明创造、实用新型和外观设计；发明权并非专有权，而是将发明的处分权交给国家，但专利权则是专利权人的专有权，其他单位和个人须经其本人同意，交付一定费用后才能使用专利。

发现权是指公民依法对其所做的对自然界及其客观规律的新认识的权利。发现并不具备实用性，也不能转让。

其他科技成果权是公民对其科技成果所应享有的权利。科技成果指除发现、发明以外，科技领域中的其他成就，如合理化建议、技术革新等还不算发明或者发现的科技成果。

发明人、发现人和科技成果的贡献者的基本权利包括人身权利和财产权利。人身权利有：有权获得国家或者有关部门授予的荣誉称号、奖状、证书；有权参加有关的实验和应用；有权提出对侵权行为的诉讼。财产权利包括：有权获得应得的报酬和奖金；有权处理因发明、发现或者科技成果而获得的财产权，包括赠与、转让和继承。

发明权、发现权和其他科技成果权人的基本义务包括：发明、发现和科技成果应与公共利益和社会主义道德相一致；有义务向国家提供必要资料及说明和指导；有义务遵守国家有关该项发明和科技成果的保密规定。

国家保护发明人发明权，禁止任何单位和个人打击、压制发明人和发现人，对于剽窃他人成果和弄虚作假的人，进行批评教育直至依法进行行政和经济制裁。

4、商标专用权

商标专用权，是指商标所有人依法对使用商品标记、牌号的专用权利。在当前，中国正处于大力发展社会主义市场经济的历史时期，商标在促进商品生产和商品流通方面，具有重要意义。

《商标法》（1982 年 8 月 23 日第 5 届全国人民代表大会常务委员会第 24 次会议通过，根据 1993 年 2 月 22 日第 7 届全国人民代表大会常务委员会第 30 次会议《关于修改〈中华人民共和国商标法〉的决定》第一次修正，根据 2001 年 10 月 27 日第 9 届全国人民代表大会常务委员会第 24 次会议《关于修改〈中华人民共和国商标法〉的决定》第二次修正，根据 2013 年 8 月 30 日第 12 届全国人民代表大会常务委员会第 4 次会议《关于修改〈中华人民共和国商标法〉的决定》第三次修正）为健全商标法制，加强商标管理，保护商标专用权和保障消费者的利益起了重要作用。为促进国际贸易和社会主义商品经济的发展，中国还参加了《保护工业产权巴黎公约》和《商标国际注册马德里协定》。

根据中国《商标法》的规定，商标专用权的主体包括法人、个体工商户和个人合伙；其客体是注册的商标，未经注册的商标，不能成为商标权的客体。

为适应形势的要求，中国除对国计民生关系密切的少数商品如卷烟、药品等仍然规定必须使用注册商标外，其他商标则改由企业根据自己的需要，自主决定是否申请注册。申请商标注册，需要商标所有人向商标管理部门提出申请，商标管理部门经初步审查认为申请符合规定的，即予公告，公告期为 3 个月；在公告期间，任何人均可提出异议；无异议或者有异议，但不能成立的，应准予注册，发给商标注册证，并予公告。两人或者两人以上在同一种商品或者类似商品上以相同或者近似的商标申请注册的，商标权授予公告申请在先的人；但在同一天申请的，则授予使用在先的人。商标权的保护期限为 10 年（第 39 条）。期限届满，要继续使用者，可申请续展注册（第 40 条）。

商标权人的主要权利包括：商标专用权，即禁止别人使用商标的权利；商标的收益权，即通过自己使用商标、转让商标或者许可他人使用商标而取得的经济利益；对侵犯其商标权的侵权行为提起诉讼的权利。侵犯注册商标专用权的行为有：未经商标注册所有人的许可，

在同一种商品或者类似商品上使用与其注册商标相同或者近似商标的；擅自制造或者销售他人注册商标标志的；给他人注册商标权造成其他损害的。商标权人的主要义务包括：对使用商标的商品质量负责的义务；依法向国家交纳规定的各项费用的义务。国家各级工商管理部门有权通过商标管理监督商品质量，对粗制滥造，以次充好的滥用商标行为，有权依法撤销其注册商标。

四、人身权

（一）人身权的概念和特征

1、人身权的概念

人身权是民事主体依法享有的与其人身不可分离的，以特定精神利益为内容的民事权利。人身权有两类，一类是人格权，即民事主体具有法律上的独立人格必须享有的民事权利，也就是法律直接赋予民事主体的人格权，如生命权、健康权、姓名权等；另一类是由于民事主体的某种身份而具有的身份权，如著作权、发明权、监护权等。

2、人身权的特征

（1）人身权与公民的人身和法人的身份不可分离。它与权利主体本身的特征、素质、品德、信誉等联系在一起。如健康权、监护权等不能与特定的人身相分离。（2）人身权具有专属性，不能转让给他人。但作为例外，法人、个体工商户、个人合伙可依法转让其名称。（3）人身权没有直接的财产内容。人的生命、姓名、名誉等不能用财产价值来衡量，因此人身权不能直接体现为一定的财产利益。（4）人身权虽不直接具有财产内容，但它和财产权有密切联系。人身权一般可以给公民和法人带来财产利益，取得财产权。如法人或者公民的名称权、荣誉权可以给他们提供参加民事活动的根据或者机会，从而享有财产权利。此外，当人身权受到侵害时，公民或者法人的财产权也会同时受到损失。如盗用法人的名称，销售冒牌货等行为都会使该法人蒙受经济损失。

（二）人身权的种类

根据中国《民法通则》第 5 章第 4 节的规定，人身权包括公民的人身权和法人的人身权。公民的人身权主要有：（1）生命权。它是公民依法享有的生命不受非法侵害的权利。该权利是公民作为权利主体而存在的物质前提。（2）健康权。它是指公民依法享有的身体健康权不受非法侵害的权利。（3）姓名权。它是公民依法享有的决定、使用和改变姓名的权利。（4）肖像权。它是指公民对自己肖像的专有权。（5）名誉权。它是指公民依法享有

的个人名誉不受侵害的权利。（6）荣誉权。它是公民依法享有的保持自己所得的嘉奖、光荣称号等荣誉，并不受非法剥夺的权利。（7）婚姻自主权。它是公民依法享有的按照自己的意志，自主自愿地结婚、离婚，不受他人非法干涉的权利。（8）公民在婚姻、家庭关系中的人身权。它主要指夫妻之间、父母子女和祖父母、外祖父母与孙子女、外孙子女之间依法享有的相互抚养、赡养等人身权利。（9）隐私权。它是指公民的个人生活自由、生活秘密和通讯秘密不受他人干涉的权利。

法人是社会组织在法律上的人格化，因而它具有独立的人身权。但作为社会组织，其人身权与公民的人身权又有所区别。法人享有的人身权包括：（1）名称权。（2）名誉权。（3）荣誉权。

五、财产继承权

（一）继承的概念和特征

继承是依照法律规定把死者生前的财产转移给他人的法律制度。死者为被继承人，死者遗留的财产为遗产，接受遗产的人为继承人。继承人依法取得遗产的权利为继承权。

中国《宪法》规定，国家依照法律保护公民的私有财产的继承权，《民法通则》也规定，公民依法享有财产继承权。1985 年 4 月 10 日第 6 届全国人民代表大会第 3 次会议又通过了《继承法》。它与中国现阶段的经济发展相适应，建立在以公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度的基础之上，为保护个人的合法财产及所有权，维护社会主义家庭制度和家庭关系，促进社会安定和经济建设的顺利进行服务。

中国继承权同其他民事权利相比，有以下特征：（1）继承权的享有者只能是公民。法人不能作为继承人，但它可以受赠人的身份取得遗嘱财产。（2）继承权的实现与公民的死亡或者被宣告死亡的法律事实相联系。（3）继承权与一定的身份相联系。它主要依据婚姻家庭关系而确定。（4）继承权的标的只能是财产，而不能是人身权。因而继承权的遗产与民法中的财产所有权紧密相连。

（二）中国继承法的主要原则

1、保护公民私有财产继承权的原则。中国《继承法》明确指出，根据《中华人民共和国宪法》规定，为保护公民的私有财产的继承权，制定本法（第 1 条）。为巩固和发展社会主义经济制度，发挥个人和家庭财产的积极作用，调动广大人民群众的劳动积极性，就必须

要保护公民私有财产的继承权。保护公民的继承权，同时还能充分发挥中国家庭的养老育幼的传统美德和消费职能，促进家庭关系的和睦团结，有利于社会的稳定。

2、继承权平等原则。公民在法律面前一律平等，是中国法制的一项重要原则。继承权平等是这一原则在继承权中的体现。继承法中的平等原则包括：（1）公民的继承权不因性别不同而有差异；（2）代位继承男女平等；（3）同一顺序的继承人之间的继承权平等；（4）遗嘱处分遗产的权利、遗嘱继承权、受遗赠权男女平等。

3、权利与义务相一致原则。根据这一原则，公民依照法律规定享有对遗产的继承权利，但也要承担相应的法律义务。该原则表现在以下几方面：丧偶儿媳对公婆、丧偶女婿对岳父母尽了主要赡养义务，作为第一顺序继承人；对被继承人尽了主要义务的继承人分配遗产时可多分；继承人杀害、虐待或者遗弃被继承人的丧失继承权；继承人承受遗产时也必须在遗产内承担被继承人生前所欠的债务，等等。

4、养老育幼原则。养老育幼是现阶段家庭职能的需要和社会主义道德的要求。这一原则在许多条文中都有体现，如：对缺乏劳动能力又没有生活来源或者家庭生活困难的继承人，在分配遗产时应予照顾；遗产分割时应为尚未出生的胎儿保留继承份额；公民可以与扶养人或者集体组织签订遗赠扶养协议；等等。

5、促进家庭团结，互助互让原则。这一原则在本质上反映了中国社会主义家庭关系和社会主义道德风尚的要求。例如：继承人可以协商处理继承问题，继承份额也可以不等；对于严重违背社会主义家庭关系准则的行为，如继承人有故意杀害被继承人、故意杀害其他继承人、遗弃或者虐待被继承人、伪造或者销毁遗嘱等违法行为时，应剥夺其继承权；等等。

（三）继承开始和遗产范围

继承从被继承人死亡或者被宣告死亡时开始。明确继承的开始时间具有以下意义：（1）确定继承权的发生。当公民活着的时候，其他任何人无权提出“继承”其财产的要求。只有在死亡事实出现后，继承权才能够实现。被继承人是否在世，是区别一项财产转移是继承还是分家析产或者生前赠与的标准。（2）确定遗产范围及价值。（3）确定继承人的范围及有关情况。例如在继承开始后，遗产分割前，继承人死亡时，则发生转继承问题、代位继承问题。如互有继承权的数人在同一事件中死亡，可按长先幼后和同辈同时的原则确定。

继承开始后，知道被继承人死亡的继承人应通知其他继承人或者遗嘱执行人；无人知道或者无法知道的，由被继承人生前所在单位或者住所地居委会、村委会负责通知；存有遗产的人应妥善保管遗产，任何人不得侵吞或者争抢；继承人放弃继承时，应在遗产处理前作出

放弃表示，没有表示的视为接受；受遗赠人应在知道后两个月内作出接受或者放弃的表示，到期未作表示的，视为放弃。

遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产。遗产的范围包括四大类：（1）公民合法所有的个人财产，其中有公民的合法收入、公民所有的房屋、储蓄和生活用品、公民的林木、牲畜和家禽、公民的文物、图书资料、法律允许公民所有的生产资料。（2）公民的知识产权中的财产权利与义务。例如：著作人在他人依合同利用其创作成果时取得报酬的权利；专利权人因他人使用其专利而取得专利使用费的权利；缴纳个人所得税、专利年费的义务；等等。（3）公民的债权和债务。为稳定财产关系和社会经济秩序，保护债权人的合法利益，中国《继承法》规定，债权、债务应作为遗产转移给继承人。继承人在清偿被继承人的债务和税款时，应以遗产的实际价值为限，超过的部分，继承人自愿偿还的不在此限。（4）公民的其他合法财产。它包括公民的有价证券，如公债券、国库券、股票等；公民承包应得的个人收益；《继承法》规定，公民个人承包集体的土地、林地、果园等，不能作为遗产继承。对于承包期限长、收益周期长的承包，可以由继承人继续承包，但要续包合同。

确定遗产范围时，应注意遗产是被继承人个人的财产，因而要划清遗产和家庭共同财产的区别，避免把其他家庭成员的财产与遗产相混淆，从而侵犯其他家庭成员的合法权益；例如：夫妻在婚姻关系存续期间的共同财产，除有约定外，在分割遗产时，应先将共同财产的一半分出为配偶所有，其余的为被继承人的遗产。

（四）法定继承

法定继承是继承人依照法律规定的权利和程序进行继承的一种法律制度。若被继承人生前没有留下遗嘱则依法定继承开始，首先应明确法定继承人的顺序。

按照法律规定，法定继承人包括：（1）配偶；（2）子女，包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女；（3）父母，包括生父母、养父母和有扶养关系的继父母；（4）兄弟姐妹，包括同父母的兄弟姐妹、同父异母或者同母异父的兄弟姐妹、养兄弟姐妹和有扶养关系的继兄弟姐妹；（5）祖父母、外祖父母（第 10 条）。

在法定继承人范围内，继承分为先后两个顺序。第一顺序包括配偶、子女、父母。丧偶儿媳对公婆，丧偶女婿对岳父母，尽了主要赡养义务的，也应作为第一顺序继承人。第二顺序包括兄弟姐妹、祖父母、外祖父母（第 10 条）。

法定继承人对遗产进行分配时应采取下列原则：（1）一般均等原则，即第一顺序继承人之间，继承遗产的份额，一般应当均等。继承开始后，由第一顺序继承人继承。（2）照顾原则，对生活有特殊困难的缺乏劳动能力的继承人，分配遗产时应予照顾。（3）权利义

务一致原则，对被继承人尽了主要扶养义务或者与其共同生活的继承人，分配遗产时可以多分；对被继承人扶养较多的非继承人，也可分给适当遗产；对有扶养能力和条件而不尽扶养义务的继承人，分配遗产时应不分或者少分。（4）协商原则，法定继承人在分配遗产时要本着互谅互让、和睦团结的精神，协商处理继承问题。

在法定继承中还有代位继承问题。代位继承是指被继承人的子女先于被继承人死亡，由被继承人的子女的晚辈直系血亲代位继承的制度。实际生活中，通常是孙子女、外孙子女代替其父母继承其父母应继承的祖父母或者外祖父母的遗产。代位继承人只能继承被代位继承人（即其死去的父母）应继承的份额。

（五）遗嘱继承和遗赠

遗嘱继承是指继承人按被继承人生前所立遗嘱的内容对遗产进行继承的制度。遗嘱继承是对公民个人财产所有权的充分保护，因为遗嘱人有权处分自己的财产，又最了解家庭成员的经济状况、互相扶助的程度及感情亲疏，所以遗嘱继承一般有利于家庭关系的稳定。

遗嘱必须具备下列条件方为有效：（1）立遗嘱人必须具有行为能力；（2）遗嘱必须是立遗嘱人真实的意思表示；（3）遗嘱内容必须合法；（4）遗嘱必须符合法定形式。凡是公证遗嘱由遗嘱人经公证机关办理。自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写、签名，并注明年月日。代书遗嘱应由两个以上与继承人没有利害关系的见证人在场，由其中一人代书，注明年月日，并由代书人、见证人和遗嘱人签名。录音遗嘱应有两个以上与继承人没有利害关系的见证人在场见证。口头遗嘱只有在危急情况下才可订立，并须有两个以上与继承人没有利害关系的见证人在场见证。危急情况解除后，口头遗嘱失去效力。

凡不符合上述条件的遗嘱一律无效。遗嘱人在立遗嘱后，如果认为原立遗嘱不妥，有权加以变更或者撤销。但自书、代书、录音、口头遗嘱不得变更、撤销公证遗嘱。如要变更公证遗嘱，仍需再经公证程序加以变更。遗嘱人有数份内容相抵触的遗嘱时，其中有公证遗嘱的，以最后所立公证遗嘱为准，没有公证遗嘱的，应按最后的遗嘱执行。

遗赠是指公民以遗嘱方式将其遗产的一部或者全部赠给法定继承人以外的人、集体或者国家。

遗赠的特点是：（1）遗赠是一种单方的民事行为。立遗嘱人不必取得受遗赠人的同意。（2）遗赠是一种无偿的、遗赠人死后生效的法律行为。（3）受遗赠人是法定继承以外的其他公民或者法人。（4）遗赠人生前负有债务和税款，如无其他财产应先从遗赠财产中依法清偿债务和税款，然后将余下的遗产交给受赠人。遗赠人的债务不得转给受遗赠人。

公民可以与扶养人或者所在的集体组织签订遗赠扶养协议。扶养人或者所在的集体组织承担遗赠人生养死葬的义务，享有受遗赠的权利。

无人继承又无人受遗赠的遗产归国家所有；死者生前是集体所有制组织成员的，归所在集体组织所有。

（六）继承权的丧失和诉讼时效

继承权的丧失是指依法取消有违法行为的继承人原享有的继承权。它与自愿放弃继承权的性质不同。确认丧失继承权的机关只能是法院。

继承人有下列行为的，丧失继承权：（1）故意杀害被继承人的；（2）为争夺遗产而杀害其他继承人的；（3）遗弃被继承人或者虐待被继承人情节严重的；（4）伪造、篡改或者销毁遗嘱情节严重的（第 7 条）。

有关继承权的诉讼时效的规定为：自继承人知道或者应当知道其继承权遭受侵犯之日起提起诉讼的期限为 2 年；继承人不知道其继承权利遭受侵犯的，自继承开始之日起超过 20 年的，即丧失诉讼权利（第 8 条）。

（七）涉外继承

中国公民继承在中华人民共和国境外的遗产或者继承在中华人民共和国境内的外国人的遗产，动产使用被继承人住所地法律，不动产使用不动产所在地法律。外国人继承在中华人民共和国境内的遗产或者继承在中华人民共和国境外的中国公民的遗产，动产适用被继承人住所地法律，不动产适用不动产所在地法律（《民法通则》第 149 条，《继承法》第 36 条）。以上规定是对一般涉外继承而言。中国与外国订有条约、协定的，按条约、协定办理（第 36 条）。

第七节　民事责任

一、民事责任的概念与特征

民事责任是民事主体违反合同（或者不履行）民事义务或者侵犯他人民事权利所应承担的一种法律责任。它具有以下几个特征：

1、民事责任主要是财产责任。民事法律关系是以财产关系为主要内容的法律关系，民事义务大多数具有财产内容。因此违反民事义务、侵犯民事权利的责任主要是财产责任。如侵犯他人财产所有权、违反合同、拖延支付货款等行为都会给对方造成经济损失，侵害方也就应承担赔偿损失的责任。但对某些无直接财产内容的人身权利的侵害，侵害人则主要承担恢复名誉等无财产内容的民事责任。其中损害包括财产损害和非财产损害，财产损害又可分为既得利益的丧失和可得利益的丧失。非财产损害主要是指与人的人格、身体密切联系的一种不良后果或者不良状态。

2、民事责任是平等主体间的责任。与刑法等领域中的法律责任不同。在民法中，不论民事主体是法人还是公民，在受到侵害时，都有权以自己的名义要求侵害一方承担民事责任，侵害一方也只能以自己的名义承担民事责任。

3、民事责任主要采取等价补偿的方法。赔偿损失、恢复原状等承担民事责任的形式都具有补偿性质，即使是恢复名誉、赔礼道歉等民事责任形式也反映了补偿的性质。因此民事责任的范围与因违约或者侵权给对方造成的损害大体相适应。

4、民事责任可以依照法律由当事人协商决定。民事责任有法律直接规定的，也有当事人约定的。在合同关系中，当事人可在法定范围内事先确定违约金等民事责任。在有些情况下，民事责任可不需要经过司法机关裁决，而经当事人自行协议决定并实施。

二、民事责任的构成

构成民事责任的具体条件多种多样。从这些具体条件中，可以概括出构成民事责任的一般条件：

1、存在民事违法行为。民事违法行为是民事责任的首要条件，其中包括作为和不作为。

2、存在损害事实。只有在违法行为造成损害事实的情况下，行为人才承担民事责任。损害包括财产损害和非财产损害，财产损害又可分为既得利益的丧失和可得利益的丧失。非财产损害主要是指与人的人格、身体密切联系的一种不良后果或者不良状态。

3、违法行为与损害结果之间有因果关系。它要求作为原因的违法行为与作为结果的损害事实之间有内在的必然联系。

4、违法行为人有过错。过错是指违法行为人对自己的行为及其后果所持的故意或者过失的主观心理状态。故意是行为人明知自己的行为会对他人造成损害，而希望或者放任这种

结果发生的心理状态。过失是行为人应预见或者虽已预见到自己的行为可能造成损害却没有预见或者轻信可以避免的心理状态。对于故意和过失的判断应采用主观和客观相结合的方法进行。

上述四项条件共同构成民事责任的成立，其中违法行为人的过错起着关键性作用，故民事责任主要适用“过错原则”。但在行为人没有过错，法律规定应承担民事责任的情况下，行为人也应承担民事责任，即适用“无过错原则”。无过错责任的特征是：（1）不以行为人的过错为构成民事责任的条件，而是基于损害事实的存在，根据行为人的活动及所管理的人或者物的危险性与所造成损害后果的因果关系为依据的；（2）只能在法律有明文规定的情况下才能适用；（3）致害人通常以限额赔偿承担民事责任。

无过错责任的出现主要是随着科技革命的发展，某些情况下带来的意外损失的原因不易判明，为保证受害者的合法权利，而应给其以适当赔偿。如在高空或者高度危险作业等领域经常适用无过错原则。中国民法把社会主义道德标准与民事责任相结合，也要求在某些情况下适用无过错原则。如为防止、制止国家、集体或者他人财产遭受损失而使自己受到损害的，除侵害人承担赔偿责任外，收益人也可给予适当补偿。

从整体上看，中国民事责任的归责原则是以过错责任原则为主，又规定了无过错责任原则和公平责任原则。公平责任原则指当事人对造成损害都无过错，又不能适用无过错责任原则要求致害人赔偿责任，而使受害人遭受的重大损失得不到赔偿，在此情况下，由法院根据具体情况依“公平合理负担”判由双方分担损失的原则。可见，“公平责任原则”是道德观念与法律意识结合的产物。

三、民事责任的免除

中国《民法通则》规定，因不可抗力不能履行合同或者造成他人损害的，不承担民事责任，法律另有规定的除外（第107条）。不可抗力是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。

不可抗力成立的条件是：（1）不可抗力是一种客观情况，不以当事人的意志为转移。（2）不可抗力是在现实条件下不能预见、不能避免和（或者）不能克服的客观情况。确定不能预见、不能避免、不能克服的标准，应以同时期、同地区、同行业的一般技术水平和人的认识能力来决定。（3）能否预见、避免和克服应以合同订立时或者民事侵权行为发生时为准。

不可抗力包括两类：严重的自然灾害，包括水灾、地震、风暴、旱灾等和重大的社会事件，如战争等。根据中国有关法律，不可抗力的免责情况，应由有关主管机关，如工商管理机关、法院及业务主管部门确定。当事人一方由于不可抗力无法履行合同时，应及时通知对方，在取得有关机构证明后，才能根据情况部分或者全部免于承担违约责任。

除不可抗力外，当事人在由两种合法行为造成损害时也免于承担民事责任。它们是正当防卫和紧急避险。但在实施正当防卫时，应注意不要超过必要的限度。防卫过当则要承担一定的民事责任（第 128 条）。在实施紧急避险时，应注意必须是用造成的损失小于要避免的损失的方法。如因措施不当造成不应有的损害时，紧急避险人应承担适当民事责任（第 129 条）。

四、民事责任的承担方式和履行

民事责任的承担方式是由民法所调整的财产关系和人身关系决定的。它们的目的在于恢复违法行为出现前的财产权利应有的状况或者人身权利的状况及补偿因人身权利受侵害而造成的财产损失。

民事责任的承担方式主要有停止侵害；排除妨碍；消除危险；返还财产；恢复原状；修理、重做、更换；赔礼道歉。这些承担方式可以单独适用，也可以合并适用。法院在审理民事案件时还可以适用训诫、责令具结悔过、收缴进行非法活动的财物和非法所得，并依法处以罚款、拘留的处罚。

民事责任的履行应由民事责任的承担人亲自在履行期限内履行。根据法律规定，暂时无力偿还的，经债权人同意或者法院裁决，可以由债务人分期偿还。可见，在任何情况下债务应当履行的原则都要予以贯彻。在实践中，应注意防止责任人采取欺骗、隐匿或者转移财产的手法，伪称无力清偿而逃避履行民事责任。如果查明债务人有能力偿还而拒不偿还的，由法院判决强制偿还。

在民事责任的履行中，还应注意一点：承担了经济赔偿等民事责任的人并不能因此而免除或者排斥再追究他的刑事等其他法律责任。

五、民事责任的具体类别

根据中国民法的规定，民事责任可分为违反合同的民事责任、侵权的民事责任和不履行其他义务的民事责任。

（一）违反合同的民事责任

违反合同的民事责任是指合同当事人违反合同规定的义务所应承担的民事责任，简称违约责任。它属于民事责任的一种，在构成要件方面除应具备一般民事责任构成要件的特征外。还必须具有以下几个方面的特点：

第一，构成违反合同的民事责任的违法行为应是违反合同的行为。违反合同的行为包括不履行行为、不完全履行行为、延迟履行行为以及毁约行为。不履行行为是指合同到了履行期而没有履行的行为。不完全履行行为是指负有义务的一方当事人虽有履行行为，但是没有按照合同规定的全部内容履行，如数量不足、质量不合格、履行的地点或者方式等不符合合同规定的条件等。延迟履行行为是指合同已到了履行期，当事人能够履行而不按法定或者约定的时间履行的行为，如拖欠贷款或者不按时交货等。毁约行为是指一方当事人既无正当理由，又无法律依据而单方撕毁合同的行为。

第二，构成违反合同民事责任的损害事实是指财产上的损失，而不包括对受害人的精神损害。

第三，违反合同的行为与损害事实之间必须具有直接的因果关系。即违约人只对因违约行为而给对方带来的损失负民事责任。

第四，在主观过错要件方面，广泛适用于“推定过错责任”，即当事人只要有违反合同的行为，并且没有法律依据，又无法证明自己没有过错，就推定其主观上有过错。此外，当事人因与自己一方的第三人的过错而造成违约的，即使自己没有过错，也应按法律规定先行承担违约责任，然后再向第三人追偿。

承担违约责任的具体形式主要有下面 4 种：

1、继续履行。《民法通则》第 111 条规定，“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定条件的，另一方有权要求履行或者采取补救措施，并有权要求赔偿损失。”这里所说的“履行”便是指继续履行，即违约方在自己能够履行的条件下，根据对方要求对原合同未履行的部分继续按照要求全面履行。承担继续履行责任应具备两个条件：一是一方有继续履行的请求；一是存在继续履行的可能性。二者缺一不可。

2、违约金。违约金是指当事人违反合同时，依法律规定或者合同的约定支付给对方一定数额的货币。由有关合同法律、法规统一规定的违约金，称作法定违约金。由当事人双方在合同中自愿约定的违约金，称作约定违约金。

违约金的数额，如果法律有统一规定的，则必须依照法律规定，不得再另行约定违约金。如果法律只规定了一定的幅度，那么当事人在订立合同时，应当在法律规定的幅度内协商确定一个具体比例。凡是约定违约金违反了法律规定，或者明显过高或者过低于因违反合同可能造成的损失，当事人有权向仲裁机关或者法院申请予以减少或者增加。

根据法律规定，如果损失小于违约金的，对方在取得违约金后不得再要求赔偿损失。如果违约金小于损失的，对方可就超过违约金的损失要求赔偿。由此可见，前一种违约金是带有惩罚性的，而后一种违约金则纯粹是一种补偿金。

3、赔偿损失。《民法通则》第 112 条第 1 款规定，“当事人一方违反合同的赔偿责任，应当相当于另一方因此所受到的损失”。由此可见，承担赔偿责任的范围应以因违约行为所受的损失为限，而赔偿的金额应与损失相当。此外，法律规定受损失的一方有及时采取措施防止损失扩大的义务，没有及时采取措施致使损失扩大的，无权就扩大的损失要求赔偿。赔偿损失一般包括：合同标的物的损失，灭失；支出的各种必要费用；造成停工、停产及物资积压的损失；没有取得因债务人未履行合同而应取得的收益等。

4、采取其他补救措施。这里所说其他补救措施是指在违约事实发生后，当事人所采取的避免或者减少损失及最后达到约定要求的各种措施。如更换质量不合格产品，补足数量等等。

（二）侵权的民事责任

以侵权行为损害他人的财产权和人身权时，行为人应承担相应的民事责任。以侵权行为的客体为标准，侵权的民事责任一般可分为 4 类：

1、侵犯财产所有权的民事责任

侵犯财产所有权的行为及后果有两种：侵占和损坏。侵占国家、集体和他人财产的，应当返还财产，不能返还财产的，应当折价赔偿。损坏国家、集体和他人财产的，应当恢复原状或者折价赔偿。返还财产、恢复原状或者折价赔偿都只是对财产本身的直接损失所承担的责任，而受害人因此还可能遭受其他重大损失，如：损坏他人的生产设备，会造成他人的生产中断，从而引起重大损失。对因侵害他人而引起的其他重大损失，侵害人也应赔偿损失（第 117 条）。

2、侵犯公民人身权的民事责任

（1）侵害公民生命健康权的民事责任。侵害公民的生命健康权可能造成的后果有三种情况，即伤害公民身体但仍能医治复原、造成公民残疾和造成公民死亡。造成第一种后果时，侵害人应赔偿受害人医疗费（其中还包括治伤所用交通费、护理费和营养费）和因误工

减少的收入。造成第二种后果时，侵害人除赔偿上述费用外，还应给予生活补助费。造成第三种后果时，侵害人除医疗费外，还应支付丧葬费、死者生前抚养的人必需的生活费等费用（第119条）。

（2）侵害公民的姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权等人身权或者侵害法人的名称权、荣誉权和名誉权时，侵害人应承担民事责任。由于这类侵害一般造成精神损害，所以多以停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉形式承担民事责任；如果由此造成经济损失，受害人有权要求对方赔偿；如果侵害人身权仅造成精神损害而未引起经济损失，但情节严重的，也应酌情由侵害人给予适当的经济补偿（第120条）。

3、侵害知识产权的民事责任

公民、法人的著作权、专利权、商标权、发现权、发明权和其他科技成果权遭受到剽窃、篡改、假冒等侵害时，公民和法人有权要求侵害人停止侵害、消除影响、赔偿损失（第118条）。

除上述3类一般侵权民事责任外，《民法通则》还规定了7种特殊的侵权民事责任。特殊侵权民事责任所需具备的构成要件，由法律特别规定，而不适用一般侵权民事责任构成要件的规定。它们与一般侵权民事责任的区别是，不论是否有过错，侵害人都要承担民事责任。特殊的侵权民事责任包括：（1）国家机关或者国家机关工作人员在执行职务中造成侵害的民事责任。承担民事责任的主体是国家机关或者其工作人员（第121条）。（2）因产品质量不合格造成损害的民事责任。承担民事责任的主体是产品制造者和销售者，如果运输者、仓储者对此负有责任的，制造者和销售者有权要求他们赔偿损失（第122条）。（3）因高度危险作业造成损害的民事责任。高度危险作业包括：高空、高压、易燃、易爆、剧毒、放射性、高速运输工具等作业。如果能证明损害是由受害人故意造成的，作业人不承担民事责任（第123条）。（4）因环境污染造成损害的民事责任。环境污染指造成灰尘、噪声、震动、排放有毒废气、废液、废渣等情况（第124条）。（5）施工中未采取必要措施造成损害的民事责任。如在公共场所、道旁或者通道上挖坑、修缮安装地下设施，未设置明显标志和采取安全措施造成他人损害时，施工人应承担民事责任（第125条）。（6）建筑物或者其他设施，以及建筑物上的搁置物、悬挂物因倒塌、脱落、坠落造成他人损害时，其所有人或者管理人应承担民事责任，能够证明自己没有过错的除外（第126条）。（7）饲养动物造成他人损害的民事责任。承担民事责任的主体是动物饲养人或者管理人；如因受害人本人过错或者第三人过错造成损害的，分别由受害人自己或者第三人承担民事责任（第127条）。

在有些情况下，侵害人或者受害人均无过错，而损害后果发生。对此，一般应根据实际情况，由当事人分担民事责任。如果损害是由无民事行为能力人或者限制行为能力人造成的，由其监护人承担民事责任；监护人尽了监护责任的，可适当减轻其民事责任。

（三）不履行其他义务的民事责任

民事责任的类别主要是上述两种，不履行其他义务的民事责任的范围很小。这种民事责任是指，根据法律规定应承担义务的当事人，虽既未违反合同，又未实施侵权行为，实际上却损害了他人合法权益，并应由其承担民事责任。它包括因不当得利而承担的返还责任、受益人所应承担的偿付无因管理人所支出的费用的责任等等。

第八节　诉讼时效

一、概述

诉讼时效是权利人通过诉讼程序请求法院保护其民事权利的有效期限。在规定的期限内，根据权利人的请求，法院对其民事权益予以保护，对义务人应履行的义务予以强制履行。如果权利人不主张其权利，在诉讼时效届满后，法院对权利人的民事权益不再加以保护。对义务人的义务也不再强制履行。对此，权利人仍有权到法院起诉，法院也应受理，但是在查明时效届满后，法院可通知起诉人撤诉或者裁定驳回起诉，对其民事权益不再保护。尽管如此，这并不意味当事人之间实际上的债权债务关系已经消灭，如果义务人自愿履行义务的，不受诉讼时效限制。

诉讼时效届满的构成条件是：（1）权利人持续地不行使其权利。权利人持续地不行使其权利实际上意味着他对自己权利的放弃或者掉以轻心，正是基于权利人本身的态度，法院才不再保护其权利。（2）这种持续地不行使必须经过了一定的时间。这一一定时间由法律明文加以规定。

诉讼时效的规定有以下几个意义：（1）它有利于稳定社会经济秩序。制订诉讼时效的目的也正在于此，而不是在于惩罚不行使权利的权利人，更不是在于保护义务人不履行义务的行为。因为随着时间的推移，社会经济活动也日新月异。如果去保护许多年前的、权利人一直未主张的权利，势必要影响义务人以及与他有关的公民或者法人的利益，带来不必要的

困难和混乱，不利于保护经济秩序的稳定和发展。（2）有利于促进权利人及时行使其权利，加速资金运转，提高经济效益，是市场经济的需要。时效制度使得权利人意识到不及时行使其权利的不利后果，因而促使其尽快地实现其权益，从而提高经济效益。（3）便于法院及时、正确地审理民事案件。法院处理案件要以事实为根据，以法律为准绳。事实的确定需要有证据。如果相隔时间太久，证据的获取和审查就会有很多困难，从而不利于保护当事人的权利和稳定社会经济秩序。（4）有利于经济体制改革的深入发展。例如，时效制度能够推动、促使企业独立的经营自主权的扩大，提高经济效益。

二、诉讼时效的期限

由于法律关系的性质和民事主体的情况不同，中国民法对不同类型的民事法律关系的诉讼时效的期间的规定也有所不同。

1、一般时效，即向法院请求保护民事权利的诉讼时效为 2 年，但法律另有规定的除外。一般时效的适用最广泛（第 135 条）。

2、短期时效。短期时效为期 1 年。它适用于：身体受到侵害要求赔偿的诉讼，出售质量不合格的商品未加以声明而引起的诉讼，延付或者拒付租金的诉讼，寄存财物被丢失或者损坏的诉讼（第 136 条）。由于这些诉讼要求及时处理，否则时间长了，不易查明情况；另外这类诉讼涉及的利益与权利人的联系较直接，因而需要尽快解决。

3、最长时效。最长时效为期 20 年。前两种时效期间都是从知道或者应该知道权利被侵害时起计算。不知道侵害人是谁，也就无法向法院起诉。为避免影响社会经济秩序，同时又保护权利人的权益，规定最高时效是必要的。在权利人不知道或者不可能知道的情况下，从侵害之日起，法律一律保护 20 年（第 137 条）。

4、特殊时效。特殊时效是指某些法律具体规定的时效。如中国交通运输规章和保险条例等单行法规所规定的铁路及水运中发生的损害赔偿请求权的诉讼时效期间均为 180 天。这些规定即属特殊时效。

三、诉讼时效的开始、中止、中断和延长

（一）诉讼时效的开始

诉讼时效的开始是指诉讼期间的起算。根据中国《民法通则》的规定，起算的原则是“诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起算”（第 137 条）。由于民事法律关系的性质不同，时效期限的起算也不完全相同。起算方法有：（1）有期限的债权应从期限届满日的第 2 天起算。（2）无期限的债权，自权利人提出要求履行的第 2 天起算。如权利人提出要求后，又给予义务人一定的宽限期，则从宽限期届满的第 2 天起算。（3）附条件的债权，从条件成就之日的第 2 天起算。（4）因侵权行为而发生的赔偿纠纷，如果是侵犯身体健康权的，从损害发生日的第 2 天起算；如果是侵犯其他权利，则从受害人知道或者应当知道之日的第 2 天起算。

（二）诉讼时效的中止

诉讼时效的中止是指在诉讼时效进行到最后 6 个月内，由于不可抗力或者其他障碍，权利人无法行使请求权时，时效暂时停止计算，不记入诉讼时效期间。例如，民事诉讼时效期限内，权利人由于自然灾害、军事行动、当事人出境等不可抗力和障碍无法提起诉讼时，应中止诉讼时效。但从暂停原因消除之日起，诉讼时效期间继续计算（第 139 条）。

（三）诉讼时效的中断

诉讼时效的中断是指在诉讼时效进行中，由于某种法定的事由，以前经过的期间都不算，从中断时起，诉讼时效期间重新计算（第 140 条）。诉讼时效中断的法定事由有三种：（1）当事人一方向法院提起诉讼；（2）权利人向义务人提出履行要求；（3）义务人同意履行义务。由于上述情况已表明权利人并未放弃其权利或者感到其权利已有保障，因此权利人在一段时间内不作任何表示并不意味着他放弃权利。中断诉讼时效则是对此制定的合情合理的制度。

（四）诉讼时效的延长

诉讼时效的延长是指在诉讼时效届满后，权利人有正当理由请求延长诉讼时效期间，法院应根据案情延长诉讼时效期间。这一规定十分必要，因为阻碍权利人行使权利的原因是复杂、多样的，除法律规定的事由外，还有其他原因阻碍权利人行使权利。如港澳台同胞、海外侨胞的民事权益因特殊原因而不能得以主张，只要理由正当，法院仍可延长诉讼时效期间。

第六章　合同法

合同法是民法的重要组成部分，是规范市场交易、维护市场秩序的部门法。在改革开放以来，为适应以经济建设为中心的需要，中国陆续颁布、实施了《中华人民共和国经济合同法》（1981 年至 1999 年）、《中华人民共和国涉外经济合同法》（1985 年至 1999 年）、《中华人民共和国技术合同法》（1987 年至 1999 年），此外，《中华人民共和国民法通则》（1986 年）也对合同制度作了大量规定 1999 年 3 月 15 日第 9 届全国人民代表大会第 2 次会议通过，自 1999 年 10 月 1 日起施行的《合同法》，统一了中国的合同制度，成为合同法的重要渊源。其它 3 部合同法同时废止。本章主要介绍《合同法》总则的内容，具体包括合同的概念和原则、合同的订立、合同的效力、合同的履行、合同的终止、违约责任以及合同争议的解决等。

第一节　概述

一、合同的概念和特征

合同是产生债的主要根据之一，它有广义和狭义之分。广义的合同，是指当事人之间设立、变更和终止权利义务关系的协议，包括民事合同、行政合同和劳动合同等。《合同法》所称的合同属于狭义的合同，是指平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更和终止民事权利义务关系的协议（第 1 条）。合同具有以下法律特征：

合同是平等主体实施的一种民事法律行为。合同作为民事法律行为不同于事实行为，是以意思表示为要素。一个有效的合同必然受到法律的保护，产生当事人预期的法律后果。同时，这种法律行为必须在平等主体的自然人、法人和其他组织之间进行。

合同是两个以上当事人之间意思表示一致的结果。合同是平等主体共同实施的民事法律行为，也就是双方合意的结果，它不同于以一方意思表示即能产生的民事法律行为。

合同是以设立、变更和终止民事权利义务关系为目的。根据上述分析，合同是民事法律行为，必然会引起民事权利义务关系的产生、变更和终止。因此，当事人订立合同的目的就在于此。

二、合同法的概念和适用范围

合同法是指调整平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更和终止民事权利义务关系的法律规范的总称。《合同法》与其他调整合同关系的法律规范构成合同法的渊源。

合同法的适用范围就是合同法的效力范围，即它适用于哪些合同，又不适用于哪些合条的规定。根据《合同法》第 1 条规定它适用于平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更和终止民事权利义务关系的协议，包括买卖合同、加工承揽合同、技术合同等种有名合同，也包括这类无名合同，如承包合同、出版合同等。它不适用于婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议。由于合同法是调整交易关系或者财产关系的法律，因此，这些协议应当适用其他法律的规定。

三、合同法的基本原则

合同法的基本原则是合同法的基本准则，它贯穿于合同法的始终，成为制定和实施合同法的根本出发点。与此同时，它还可以作为调整当事人合同行为和处理合同纠纷的依据。

1、平等原则（第 3 条）。平等原则是指当事人在订立、履行合同过程中的法律地位平等，何一方都不能将自己的意志强加给另一方。合同平等原则是合同法的首要原则，是合同法的基石。

2、自愿原则（第 4 条）。自愿原则是指当事人根据自己的意愿来订立、变更和解除合同，不受任何单位和个人的非法干预。自愿原则是合同法最基本的原则，是鼓励交易、发展市场经济所必需的法律原则。

3、公平原则（第 5 条）。公平原则是指双方当事人通过合同所确定的权利义务必须合理、对等。公平是合同法追求的基本价值目标，因此，公平原则应当成为合同法的基本原则，同时它也是平等原则的必然结果。

4、诚实信用原则（第 6 条）。诚实信用原则是指当事人在订立、履行合同以及合同终止后，都要诚实守信，相互协作，以善意的方式履行其义务，不得滥用权利、规避法律或者合同规定的义务。它要求维持当事人之间利益的平衡以及当事人利益与社会利益之间的平衡。

5、合法原则（第 7 条）。合法原则是指当事人订立、履行合同时，必须遵守法律、行政法规，不得损害社会公德和社会公共利益。合同绝不仅仅是当事人之间的问题，它还会涉及到社会的公共利益。因此，当事人在享有合同自由的同时，其行为不能违背体现国家意志的法律、行政法规中的强制性规定，不得损害社会公共利益。

第二节　合同的订立

一、合同订立的概念

合同订立是指当事人就合同的主要内容协商一致达成协议的法行为。合同订立是当事人就合同的主要条款形成合意的过程，其结果使合同成立。

二、合同订立的程序

（一）要约

要约的概念和条件。要约是指希望和他人订立合同的意思表示（第 14 条）。构成有效要约的条件为：1、要约必须是特定的当事人所为的意思表示。只有要约人是特定的人，受要约人才能对之承诺，也才能受受要约人承诺的约束。2、要约必须具有订立合同的意思表示，并且表明经受要约人的承诺，要约人即受该意思表示的约束。3、要约的内容必须具体确定。

1）要约邀请的概念和种类。要约邀请是指希望他人向自己发出要约的意思表示（第 15 条）。《合同法》规定，寄送的价目表、拍卖公告、招标公告、招股说明书、商业广告等为要约邀请。但是，商业广告的内容符合要约规定的除外（第 15 条）。

2）要约的生效。要约于到达受要约人时生效。承诺不需要通知的，根据交易习惯或者要约的要求作出承诺的行为时生效。采取数据电文形式订立合同的，收件人指定特定系统接收数据电文的，该数据电文进入该特定系统的时间，视为到达时间；未指定特定系统的，该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间，视为到达时间（第 16 条）。要约生效后即对公共利益当事人产生法律约束力。对要约人来说，不得随意撤销或者变更要约，并承担承诺的约束；对受要约人来说，享有对要约人承诺的权利，但不能随意转让这种权利。

要约的撤回和撤销。所谓要约的撤回，是指要约人在发出要约以后未到达受要约人之前，取消要约使其不产生效力。《合同法》规定，要约可以撤回。撤回要约的通知应当在要约到达受要约人之前或者与要约同时到达受要约人（第 17 条）。所谓要约的撤销，是指要约人在要约到达受要约人且生效后，取消要约使其效力消灭。《合同法》规定，要约可以撤销。撤销要约的通知应当在受要约人发出承诺通知之前到达受要约人（第 18 条）。但有下列情形之一的，要约不得撤销：一、要约人确定了承诺期限或者以其他形式明示要约不可撤销。二、受要约人有理由认为要约是不可撤销的，并已经为履行合同作了准备工作（第 19 条）。

3）要约的失效。有下列情形之一的，要约失效：一、拒绝要约的通知到达要约人。要约人依法撤销要约。三、承诺期限届满，受要约人未作出承诺。四、受要约人对要约的内容作出实质性变更（第 20 条）。《合同法》规定，对要约中有关合同的标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议的方法等的变更，属于实质性变更（第 30 条）。

（二）承诺

承诺的概念、条件和方式。承诺是指受要约人同意要约的意思表示（第 21 条）。构成有效承诺的条件为：承诺必须由受要约人向要约人作出。承诺必须在承诺期限内到达要约人。三、承诺的内容一般必须与要约的内容一致。四、承诺的方式必须符合法律或者要约的要求。承诺应当以通知的方式作出，但根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外（第 22 条）。

承诺的生效。《合同法》规定，承诺通知到达要约人时生效。承诺不需要通知的，根据交易习惯或者要约的要求作出承诺的行为时生效。采取数据电文形式订立合同的，承诺到达的时间与要约部分的规定相同（第 26 条）。一般来说，承诺生效时合同成立（第 25 条）。

承诺期限。一般来说，承诺必须在承诺期限内作出并到达要约人时生效。《合同法》规定，如果要约确定承诺期限的，承诺应当在该期限内到达要约人；如果要约没有确定承诺期限的，承诺应当按照下列规要约以对话方式作出的，应当即时作出承诺，但定到达：当事人另有约定的除外。二、要约以非对话方式作出的，应当在合理期限内到达（第 23 条）。

关于承诺期限的计算，《合同法》规定，要约以信件或者电报作出的，承诺期限自信件载明的日期或者电报交发之日开始计算，信件未载明日期的，自投寄该信件的邮戳日期开始计算；要约以电话、传真等快速通讯方式作出的，承诺期限自要约到达受要约人时开始计算（第 24 条）。

逾期承诺和变更要约内容的承诺的效力。关于前者，《合同法》规定，受要约人超过承诺期限发出承诺的，除要约人及时通知受要约人该受要约人在承诺期限内发出承诺，承诺有效的以外，为新要约（第 28 条）。按照通常情形能够及时到达要约人，但因其他原因承诺到达要约人时超过承诺期限的，除要约人及时通知受要约人因承诺超过期限不接受该承诺的以外，该承诺有效（第 29 条）。关于后者，《合同法》规定，受要约人对要约的内容作出实质性变更的，为新要约（第 30 条）。承诺对要约的内容作出非实质性变更的，除要约人及时表示反对或者要约表明承诺不得对要约的内容作出任何变更的以外，该承诺有效（第 31 条）。

承诺的撤回。承诺不能撤销，但可以撤回，撤回的通知应当在承诺通知到达要约人之前或者与承诺通知同时到达要约人（第 27 条）。

三、合同的成立

所谓合同的成立，是指当事人已经就合同内容达成合意，或者符合法律规定的特别要求时，当事人之间的合同关系建立。一般来说，合同成立必须具备以下条件：一、必须有双方或者多方当事人。二、当事人就合同的主要条款形成合意。有些合同的成立除了具备上述条件外，还须具备其他特定条件。例如，实践合同的成立还须以实际交付标的物为条件。

关于合同成立的时间，《合同法》规定，承诺生效时合同成立（第 25 条）。具体当事来说：一、当事人采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立（第

32 条）。二、当事人采用信件、数据电文等形式订立合同，一方要求签订确认书的，签订确认书时合同成立（第 33 条）。

关于合同成立的地点，《合同法》规定，承诺生效的地点为合同成立的地点。采用数据电文形式订立合同的，收件人的主营业地为合同成立的地点；没有主营业地的，其经常居住地为合同成立的地点。当事人另有约定的，按照其约定（第 34 条）。当事人采用合同书形式订立合同的，双方当事人签字或者盖章的地点为合同成立的地点（第 35 条）。

另外，《合同法》还规定以下两种合同成立的特殊情况：1、法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立（第 36 条）。2、采用合同书形式订立合同，在签字或者盖章之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立（第 37 条）。

四、合同的内容和形式

（一）合同的内容

合同的内容即合同条款，它记载了合同当事人的权利与义务，也反映了当事人利益和目的，成为当事人承担法律责任的重要依据。

合同条款应当由当事人根据合同的类型、具体情况以及法律的规定自行约定。合同一般包括以下条款：（一）当事人的名称或者姓名和住所；（二）标的；（三）数量；（四）质量；（五）价款或者报酬；（六）履行期限、地点和方式；（七）违约责任；（八）解决争议的方法。当事人可以参照各类合同的示范文本订立合同（第 12 条）。

格式条款是当事人为了重复使用而预先拟订，并在订立合同时未与对方协商的条款。采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款（第 39 条）。格式条款具有本法第 52 条和第 53 条规定情形的，或者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效（第 40 条）。第 52 条规定合同无效的情形包括，（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益；（五）违反法律、行政法规的强制性规定。第 53 条规定无效的免责条款，（一）造成对方人身伤害的；（二）因故意或者重大过失造成对方财产损失的。对格式条款

的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的，应当采用非格式条款（第 41 条）。

（二）合同的形式

合同的形式是合同内容的外在表现形式。除法律有特别规定的以外，当事人可以自行采用法律所规定的形式（第 10 条）。

从《合同法》规定来看，合同的形式包括：1、口头形式，即当事人运用语言来表现合同的内容。2、书面形式是指合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式（第 11 条）。3、推定形式，即当事人未用语言、文字表现其意思表示，而用行为进行要约和承诺。

第三节　合同的效力

一、合同的生效

（一）合同生效的概念和条件

所谓合同生效，是指已经成立的合同在当事人之间产生法律的约束力。这种约束力表现在：一方面，当事人在合同中所确立的权利受到法律保护；另一方面，合同中所约定的义务具有法律的强制性，任何一方当事人拒绝履行、不适当履行义务或者任意变更、解除合同，都属于违约行为，也是违法行为，必须承担相应的法律责任。

一般来说当事人必须具有，一个有效的合同必须符合以下条件：1、与订立合同相适应的民事行为能力。2、当事人的意思表示必须真实。3、合同的内容不得违反法律和社会公共利益。4、合同必须具备法律所要求的形式。

（二）合同生效的时间

《合同法》规定，依法成立的合同，自成立时生效。法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定（第 44 条）。

当事人对合同的效力可以约定附条件。附生效条件的合同，自条件成就时生效；附解除条件的合同，自条件成就时失效。在附条件合同中，条件具有限制合同效力的作用。但是，

当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件已成就；不正当地促成条件成就的，视为条件不成就（第 45 条）。

当事人对合同的效力可以约定附期限。附生效期限的合同，自期限届至时生效；附终止期限的合同，自期限届满时失效（第 46 条）。附期限合同中的期限是必然会到来的，而附条件合同中作为条件的事实的产生是不确定的，这是这两种合同的区别。

二、无效和可撤销的合同

（一）无效合同

无效合同是指合同虽然已经成立，但因其内容或者形式违反法律或者社会公共利益，因而不能对当事人产生法律约束力。无效合同具有以下特点：一、违法性，即合同违反法律、行政法规的强制性规定或者社会公共利益。二、国家直接干预，即法院或者仲裁机构可以主动确认合同的无效，有关行政机关可以对一些无效合同予以查处。三、不得履行性，即当事人不得履行无效合同。四、自始无效，即合同一旦被确认无效，即意味着其自订立时起就不具有法律效力。

《合同法》第 52 条规定，有下列情形之一的，合同无效：1、一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益，2、恶意串通、损害国家、集体或者第三人利益，3 以合法形式掩盖非法目的，4、损害社会公共利益，5、违反法律、行政法规的强制性规定。《合同法》第 53 条规定，合同中的下列免责条款无效：1、造成对方人身伤害的，2、因故意或者重大过失造成对方财损失的。

根据《最高法院关于适用〈合同法〉若干问题以下简的解释（一）》第 4 条的规定，法院确认合同无效，应当以全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据，不得以地方性法规、行政规章为依据。第 10 条规定，当事人超越经营范围订立合同，法院不因此认定合同无效。但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的除外。

（二）可撤销合同

可撤销合同是指当事人在订立合同时意思表示不真实，法律允许其行使撤销权而使已经生效的合同归于无效。可撤销合同不同于无效合同，主要表现在：1、可撤销合同主要是意思表示不真实的合同。2、可撤销合同的无效不能由法院、仲裁机构主动确认，必须由撤销权人提起。3、撤销权人可以撤销合同，也可以不撤销合同，撤销之前该合同仍然有效。

《合同法》规定，下列合同，当事人一方有权请求法院或者仲裁机构撤销，1、因重大误解订立的合同。2、在订立时显失公平的合同。3、另一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同（第 54 条）。当事人在提出撤销请求时，必须享有撤销权。根据《合同法》的规定，有下列情形之一的，撤销权消灭：1、具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起年内没有行使撤销权。2、具有撤销权的当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为放弃撤销权（第 55 条）。

（三）无效合同和被撤销合同的效力和法律后果

无效的合同或者被撤销的合同自始没有法律约束力。合同部分效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效（第 56 条）。另外，合同无效或者被撤销的，不影响合同中独立存在的有关解决争议方法的条款的效力（第 57 条）。

合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任（第 58 条）。当事人恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的，因此取得的财产收归国家所有或者返还集体、第三人（第 59 条）。

三、效力待定的合同

（一）效力待定合同的概念

所谓效力待定合同，是指合同已经成立，但是其不完全符合生效的条件，其是否生效取决于第三人或者合同一方当事人作出的意思表示。这类合同与无效合同和可撤销合同是不同的，其当事人并未违反法律、行政法规的强制性规定以及社会公共利益，也不是订立合同时意思表示不真实，而是由于当事人缺乏缔约能力及处分能力等造成的，因此，一味认定合同无效将不利于促成交易，也不利于维护相对人的利益。

（二）效力待定合同的种类

不具有相应行为能力人订立的合同。除纯获利益的合同或者与根据其行为能力可以订立的合同以外，限制民事行为能力人订立的合同，经法定代个理人追认后有效。相对人可以催告法定代理人在月内予以追认。法定代理人未作表示的，视为拒绝追认。另外，合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。

无权代理人订立的合同。无权代理人以被代理人名义订立的合同，经被代理人追认后对被代理人发生效力，未经追认，对被代理人不发生效力，由行为人承担责任。与上述规定一

样，相对人享有催告权，善意相对人享有撤销权。但是，表见代理订立合同的，该代理行为有效。所谓表见代理，是指无权代理人的代理行为客观上有使相对人相信其有代理权，相对人主观上为善意且无过失，则可以向被代理人主张代理的效力。

无处分权人订立的合同。无处分权人处分他人财产，与他人订立的合同，经权利人追认或者无处分权人订立合同后取得处分权后有效。

第四节　合同的履行

一、合同履行的概念和原则

所谓合同的履行，是指债务人全面、适当地履行合同的义务，使债权人的权利得以实现的行为。合同的履行是依法成立的合同所必然发生的法律效果，是构成合同法律效力的主要内容，也是实现债权人订立合同目的的手段。

合同履行的原则是当事人在履行合同义务中必须遵循的基本准则，包括合同法的基本原则，例如平等原则、公平原则等，还包括以下专属合同履行的原则：

全面履行原则。该原则又称正确履行原则、适当履行原则，是指当事人按照合同规定的标的及其他所有要求，全面、适当地完成合同义务的原则。

协作履行原则。该原则是指当事人不仅应当全面履行自己的合同义务，而且还应当基于诚实信用原则协助对方当事人履行义务的原则。

促成交易原则。该原则是指在合同生效后，如果合同的有些内容没有约定或者约定不明的，应当按照事后约定或者交易习惯、法律规定进行履行，以促成交易的原则。

二、合同履行的具体规则

（一）合同内容约定不明的履行规则

按补充协议履行。合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容约定不明确的，可以协议补充。达成补充协议的，当事人按该协议约定的内容履行。

按合同有关条款或者交易习惯履行。当事人对于合同中的内容约定不明确而又达不成补充协议的，应当按照合同有关条款或者交易习惯确定并履行（第 61 条）。

按照法律规定履行。当事人对于合同中的内容约定不明确而质量要按照上述规定确定的，应当按照以下规定确定并履行，（一）质量要求不明确的，按照国家标准、行业标准履行；没有国家标准、行业标准的，按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。（二）价款或者报酬不明确的，按照订立合同时履行地的市场价格履行；依法应当执行政府定价或者政府指导价的，按照规定履行。（三）履行地点不明确，给付货币的，在接受货币一方所在地履行；交付不动产的，在不动产所在地履行；其他标的，在履行义务一方所在地履行。（四）履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时要求履行，但应当给对方必要的准备时间。（五）履行方式不明确的，按照有利于实现合同目的的方式履行。（六）履行费用的负担不明确的，由履行义务一方负担（第 62 条）。

（二）执行政府价格的合同的履行规则

根据《合同法》的规定，执行政府定价或者政府指导价的，在合同约定的交付期限内政府价格调整时，按照交付时的价格计价。逾期交付标的物的，遇价格上涨时，按照原价格执行；价格下降时，按照新价格执行。逾期提取标的物或者逾期付款的，遇价格上涨时，按照新价格执行；价格下降时，按照原价格执行（第 63 条）。

（三）由第三人履行债务或者向第三人履行债务的规则

当事人约定由债务人向第三人履行债务的，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定，应当向债权人承担违约责任（第 64 条）。当事人约定由第三人向债权人履行债务的，第三人不履行债务或者履行债务不符合约定，债务人应当向债权人承担违约责任（第 65 条）。

（四）当事人部分事项变更后合同的履行规则

《合同法》规定，合同生效后，当事人不得因姓名、名称的变更或者法定代表人、负责人、承办人的变动而不履行合同义务（第 76 条）。

（五）债权人未通知有关变更事项的履行规则

债权人分立、合并或者变更住所没有通知债务人，致使履行债务发生困难的，债务人可以中止履行或者将标的物提存（第 70 条）。

（六）提前履行和部分履行的规则

债权人可以拒绝债务人提前履行或者部分履行债务，但提前或者部分履行不损害债权人利益的除外。债务人提前或者部分履行债务给债权人增加的费用，由债务人负担（第 71 条、第 72 条）。

三、合同履行中的法律保护

（一）关于抗辩权的法律规定

所谓抗辩权，是指在合同履行过程中，一方当事人对抗对方当事人请求权，暂时拒绝履行其合同义务的权利。这里的抗辩权属于延缓的抗辩权，它的重要功能在于通过行使这种权利而使对方的请求权延期发生效力。

同时履行抗辩权。它是指在双务合同中，当事人互负债务，没有先后履行顺序的，应当同时履行。一方在对方履行之前有权拒绝其履行要求。一方在对方履行债务不符合约定时，有权拒绝其相应的履行要求（第 66 条）。一方当事人行使同时履行抗辩权，必须符合以下条件：1、在双务合同中双方当事人互负债务。2、双方未约定债务的履行顺序且双方的债务都已届清偿期。3、对方未履行债务或者不适当履行债务。4、对方履行债务是可能的。

先履行抗辩权。它是指在双务合同中，当事人互负债务并有先后履行顺序，后履行一方在先履行一方履行之前或者不适当履行时，有拒绝其履行要求或者拒绝其相应履行要求的权利（第 67 条）。一方当事人行使后履行抗辩权，必须符合以下条件，1、在双务合同中双方当事人互负债务。2、双方约定债务的履行顺序且对方的债务先届清偿期。3、对方未履行债务或者不适当履行债务。4、对方履行债务是可能的。

不安抗辩权。它是指在双务合同中，当事人互负债务，有先后履行顺序，先履行一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行要求。先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行要求（第 67 条）。应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方有下列情形之一的，可以中止履行：（一）经营状况严重恶化；（二）转移财产、抽逃资金，以逃避债务；（三）丧失商业信誉；（四）有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。当事人没有确切证据中止履行的，应当承担违约责任（第 68 条）。

当事人依照上述规定中止履行的，应当及时通知对方。对方提供适当担保时，应当恢复履行。中止履行后，对方在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担保的，中止履行的一方可以解除合同（第 69 条）。

（二）关于保全措施的法律规定

所谓保全，是指为防止因债务人的财产的不当减少而给债权人的债权带来损害，允许债权人采取一定的法律手段，以保护其债权的法律制度。

债权人的代位权。它是指当债务人怠于行使其到期债权对债权人造成损害时，债权人可以向法院请求以自己的名义代位行使债务人债权的权利（第 73 条）。

《最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释（一）》（下简称《解释》）第 13 条规定，合同法第 73 条规定的“债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的”，是指债务人不履行其对债权人的到期债务，又不以诉讼方式或者仲裁方式向其债务人主张其享有的具有金钱给付内容的到期债权，致使债权人的到期债权未能实现。

《合同法》规定，债权人只能请求债务人的债务人向债务人履行债务，而不能请求债务人的债务人直接向自己履行债务，也不能处分债务人的权利；债权人行使代位权必须通过诉讼形式，不能直接行使；代位权的行使范围以债权人的债权为限；债权人行使代位权的必要费用，由债务人负担（第 73 第 2 款条）。债务人享有的到期债权专属于其自身的，债权人不能对其行使代位权（第 73 条第 1 款）。

《解释》第 12 条规定，专属于债务人自身的债权，是指基于扶养关系、抚养关系、赡养关系、继承关系产生的给付请求权和劳动报酬、退休金、养老金、抚恤金、安置费、人寿保险、人身伤害赔偿请求权等权利。

债权人的撤销权。因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产，对债权人造成损害的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。债务人以明显不合理的低价转让财产，对债权人造成损害，并且受让人知道该情形的，债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为。撤销权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使撤销权的必要费用，由债务人负担（第 74 条）。撤销权自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起 1 年内行使。自债务人的行为发生之日起 5 年内没有行使撤销权的，该撤销权消灭（第 75 条）。

《解释》第 26 条规定，债权人行使撤销权所支付的律师代理费、差旅费等必要费用，由债务人负担；第三人有过错的，应当适当分担。

第五节　合同的终止

一、合同终止的概念

所谓合同的终止，是指因某种法律事实的出现，使已经生效合同所规定的权利义务归于消灭。合同终止后，债权人不再享有合同的权利，债务人不需履行合同的义务。但是，合同终止不影响合同中结算和清理条款的效力。合同终止意味着合同的权利义务归于消灭，即合同关系消灭。

二、合同终止的原因

（一）清偿

清偿就是当事人按合同的约定履行其全部义务。债务一经完全履行，债权即得到实现，债权和债务均消灭。

从债权实现来说，债务人履行债务属于清偿，第三人依约履行、依强制执行或者实现担保权而满足债权，也属于清偿。

（二）合同解除

合同解除是指合同依法成立以后，没有履行或者履行完毕之前，因出现法定或者约定的解除事由，由一方或者双方当事人作出意思表示而使合同关系归于消灭的行为。
合同解除可以分为约定解除和法定解除。约定解除就是双方协议解除或者当事人根据约定解除权解除合同，它包括两种情况：一是在合同履行过程中，双方经协商一致解除合同；二是在合同履行过程中，当约定的解除合同条件成就时，解除权人可以单方解除合同。法定解除就是当事人根据法律规定的解除权解除合同。《合同法》规定，有下列情形之一的，当事人可以解除合同：一、因不可抗力致使不能实现合同目的。二、在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务。三、当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行。四、当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的。五、法律规定的其他情形（第 94 条）。

关于解除权的行使期限，《合同法》规定，法律规定或者当事人约定解除权行使期限，期限届满当事人不行使的，该权利消灭；法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限的，经对方催告后在合理期限内不行使的，该权利消灭（第 95 条）。

解除合同的程序包括：1、协议。当事人协商一致，可以解除合同。当事人可以约定一方解除合同的条件。解除合同的条件成就时，解除权人可以解除合同（第 93 条）。2、通知。当事人根据合同约定或者法律规定的解除权解除合同的，应当通知对方。合同自通知到

达对方时解除。对方有异议的，可以请求法院或者仲裁机构确认解除合同的效力（第 96 条第 1 款）。3、办理特别手续。法律、行政法规规定解除合同应当办理批准、登记等手续的，依照其规定办理（第 96 条第 2 款）。

合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失（第 97 条）。合同的权利义务终止，不影响合同中结算和清理条款的效力（第 98 条）。

（三）抵消

抵消是指双方互负债务时，各以其对对方享有的债权以清偿对对方承担的义务，使其债务与对方的债务在等额内相互消灭的行为。为抵消的债权，即债务人的债权，称为自动债权或者抵消债权；被抵消的债权，即债权人的债权，叫做受动债权或者主债权。

抵消分为法定抵消和约定抵消两种。所谓法定抵消，是指当具备法律规定的抵消条件时，一方当事人即可依条件进行的抵消。进行法定抵消必须符合以下条件：一、当事人两项债务均已到期。互负债务。三、两项债务的标的物种类、品质相同。四、依照法律规定或者合同性质债务均可以抵消。《合同法》规定，当事人主张抵消的，应当通知对方。通知自到达对方时生效。另外，抵消不得附条件或者附期限（第 99 条）。所谓约定抵消，是指双方当事人的债务通过协议进行的抵消。《合同法》规定，当事人互负债务，标的物种类、品质不相同的，经双方协商一致，也可以抵消（第 100 条）。

（四）提存

提存是指由于债权人的原因致使债务人难以向其交付合同的标的物时，债务人向提存部门交付标的物以消灭合同关系的行为。《合同法》规定，有下列情形之一，难以履行债务的，债务人可以将标的物提存：一、债权人无正当理由拒绝受领。二、债权人下落不明。三、债权人死亡未确定继承人或者丧失民事行为能力未确定监护人。四、法律规定的其他情形。但是，标的物不适于提存或者提存费用过高的，债务人依法可以拍卖或者变卖标的物，提存所得的价款（第 101 条）。

提存人在向公证处等提存部门交付标的物的同时，提交提存书、债务证据以及无法履行债务的证据，提存部门在审查提存人、提存之债以及提存原因后，认为符合提存条件的，即给予办理提存。标的物提存后，除债权人下落不明的以外，债务人应当及时通知债权人或者债权人的继承人、监护人（第 102 条）。

提存后即产生以下效力：一、债务人的债务归于消灭。二、标的物的所有权转移给债权人，标的物毁损、灭失的风险也由债权人承担（第 103 条）。三、提存期间标的物的孳息归

债权人所有（同前条）。四、提存费用由债权人负担（同前条）。五、债权人可以随时领取提存物，但债权人对债务人负有到期债务的，在债权人未履行债务或者提供担保之前，提存部门根据债务人的要求应当拒绝其领取提存物（第 104 条第 1 款）。《合同法》规定，债权人领取提存物的权利，自提存之日起五年内不行使而消灭，提存物扣除费用后归国家所有（第 104 条第 2 款）。

（五）免除

免除是指债权人抛弃其债权从而消灭合同权利义务的行为。《合同法》规定，债权人免除债务人部分或者全部债务的，合同的权利义务部分或者全部终止（第 105 条）。这表明，免除是单方的法律行为，当然不排除债权人和债务人订立免除协议以免除债务人的债务。与此同时，免除是无因行为，也是无偿行为，它不需要特定的形式。免除产生以下法律效力：1、债务人的债务部分或者全部消灭。2、债权人的相应的债权以及从权利消灭。应当注意的是，保证债务的免除不影响被担保债务的存在，被担保债务的免除则使保证债务消灭；免除不得损害第三人的合法权益。

（六）混同

混同是指债权和债务同归于一人，致使合同关系消灭的法律事实（第 106 条）。混同主要是基于两方面的原因而产生：一是概括承受，如企业合并后，两个企业之间的债权债务同归于合并后的企业；二是特定承受，即债务人受让债权人的债权，债权人承受债务人的债务。

债权的混同产生以下法律效力：合同的权利义务消灭。消灭，导致从权利消灭。但是，从保护第三人的合法权益出发，当债权为他人权利的标的时，混同不导致该债权消灭。例如，债权为他人质权的标的时，混同不使债权消灭。

除了上述 6 种原因以外，出现法律规定或者当事人约定的其他情形的，合同也可以终止。

第六节　违约责任

一、违约责任的概念和构成条件

违约责任是指合同当事人因违反合同义务所承担的法律后果。违约责任的产生是以合同的有效存在为前提的，不履行无效合同无需承担违约责任。

违约责任的构成条件包括一般构成条件和特殊构成条件。一般构成条件是违约当事人承担任何形式的违约责任都必须具备的条件，而特殊构成条件是违约当事人承担各种具体形式的违约责任要具备的条件。就一般构成条件而言，它主要包括：

违约行为。违约行为有两种情形：一是不履行合同义务，二是履行合同义务不符合约定的条件。从表现形态来说，违约行为还包括预期违约和实际违约。

不存在法定和约定的免责事由。违约行为出现后，违约当事人并不是在任何情况下都应当承担违约责任的。如果具有法定或者约定的免责事由，违约当事人就不承担违约责任；如果没有免责事由，违约当事人就必须承担违约责任（第 107 条）。

二、承担违约责任的方式

（一）继续履行

继续履行是指一方当事人违反合同后，另一方当事人有权要求其按照合同约定的标的履行的责任。继续履行可以与违约金、赔偿损失和定金责任并用。

根据《合同法》的规定，对于金钱债务，当事人一方未支付价款或者报酬的，对方可以要求其支付价款或者报酬（第 109 条）。对于非金钱债务，当事人一方不履行或者履行不符合约定的，对方可以要求其继续履行，但有下列情形之一的除外：一、法律上或者事实上不能履行。二、债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高。三、债权人在合理期限内未要求履行（第 110 条）。

（二）赔偿损失

赔偿损失是指违约方因违反合同义务而给对方造成损失时，依照法律规定或者合同约定弥补对方损失的责任。《合同法》规定，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，在履行义务或者采取补救措施后，对方还有其他损失的，应当赔偿损失（第 112 条）。可见，赔偿损失是主要违约责任。

就赔偿损失当事人一方违约的的范围，《合同法》作出如下规定，1、赔偿额，应当相当于另一方因此所受的损失，包括合同履行后可以获得的利益（第 113 条）。2、赔偿损失的范围，不得超过违约方订立合同时应当预见到的因违约可能造成的损失（第 113 条）。3、当事人可以在合同中约定因违约而产生的损失赔偿额的计算方法（第 114 条）。4、当事

人一方因另一方违约而受到损失后，没有及时采取适当措施致使损失扩大的，无权就扩大的损失要求赔偿（第 119 条）。

（三）支付约定的违约金

违约金是指一方违约时应当向对方支付的一定数量的货币。《合同法》规定，当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法（第 114 第 1 款条）。

违约金可以与继续履行、赔偿损失等可以并用。

《合同法》还规定，约定的违约金低于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少（第 114 条第 2 款）。

（四）定金责任

定金是指合同当事人约定的，为保证合同的履行由一方预先向对方给付的一定数量的货币或者其他替代物。定金的作用就是为了保证债务的履行。债务人履行债务后，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行约定的债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定的债务的，应当双倍返还定金（第 115 条）。

定金责任可以与继续履行并用，也可以与赔偿损失并用但不能超过标的物的价金。但是，当事人既约定违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约金或者定金条款（第 116 条）。这表明，违约金与定金不能同时适用。

（五）其他责任形式

违约责任除了上述几种主要形式外，质量不符合约定的，应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确，依照本法第 61 条的规定仍不能确定的，受损害方根据标的的性质以及损失的大小，可以合理选择要求对方承担修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等违约责任（第 111 条）。

三、免责事由

免责事由是指合同不履行而被免除承担违约责任的情形，包括法定的免责事由和约定的免责事由。《合同法》规定，因不可抗力，即是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况而不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但法律另有规定的除外。当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任（第 117 条）。当事人一方因不可抗

力不能履行合同的，应当及时通知对方，以减轻可能给对方造成的损失，并应当在合理期限内提供证明（第 118 条）。

第七节　合同争议的解决

一、合同条款理解争议的解决

在合同履行中，当事人对合同条款含义的理解会产生争议，因此，正确解释合同条款的内容，可以平息双方的争议，适当履行义务，以实现双方的订约目的。

《合同法》规定，当事人对合同条款的理解有争议的，应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则，确定该条款的真实意思。合同文本采用两种以上文字订立并约定具有同等效力的，对各文本使用的词句推定具有相同含义。各文本使用的词句不一致的，应当根据合同的目的予以解释。合同文本采用两种以上文字订立并约定具有同等效力的，对各文本使用的词句推定具有相同含义。各文本使用的词句不一致的，应当根据合同的目的予以解释（第 125 条）。

二、合同争议的解决方式

根据《合同法》的规定，当事人之间发生合同争议后，可以采取和解、调解、仲裁和诉讼的方式解决（第 128 条）。和解是双方当事人在自愿、互谅、合法的基础上，自行协商，达成和解协议解决合同纠纷。调解是在当事人以外的其他人的主持下，明确是非，分清责任，自愿达成协议以解决合同纠纷。仲裁是当事人不愿和解、调解，或者和解、调解不成的，可以根据仲裁协议向仲裁机构申请仲裁，仲裁机构作出裁决以解决合同纠纷。诉讼是当事人不愿和解、调解，或者和解、调解不成，而又没有订立仲裁协议或者仲裁协议无效的，可以向法院起诉，法院作出判决以解决合同纠纷。

三、涉外合同争议解决适用法律的原则

涉外合同的当事人在履行合同争议时，究竟适用哪一国的实体法，关系到当事人的权利与义务的分配。《合同法》规定了以下几种适用法律的原则：

意思自治原则。涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律，但法律另有规定的除外。在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同，适用中华人民共和国法律（第 126 条）。

最密切联系的原则。即当事人没有选择处理合同争议所适用的法律的，适用与合同有最密切联系的国家的法律（同前条）。

第七章　婚姻家庭法、收养法与继承法

第一节　婚姻家庭法

一、婚姻法的概念和基本原则

（一）婚姻法的概念和调整对象

婚姻法，是规定婚姻家庭关系的发生、终止，以及夫妻、父母、子女和其他一定范围的亲属之间的权利与义务关系的法律规范的总称。中国的《婚姻法》（1950 年 4 月 30 日中华人民共和国中央人民政府公布，自 1950 年 5 月 1 日起施行，1980 年 9 月 10 日第 5 届全国人民代表大会 3 次会议通过了新的《中华人民共和国婚姻法》，自 1981 年 1 月 1 日起施行。2001 年 4 月 28 日第 9 届全国人民代表大会常务委员会第 21 次会议通过了对《中华人民共和国婚姻法》的修订）是广义的婚姻法，既调整婚姻关系，又调整家庭关系。

从内容上看，中国的婚姻法实际上是婚姻家庭法。《婚姻法》第 2 章以结婚为名，第 4 章以离婚为名，第 3 章以家庭关系为名，第 1 章总则和第 5 章有关救助措施法律责任的规定也兼顾婚姻和家庭。

从范围上来看，就纵的方面而言，包括婚姻家庭关系的发生和终止的全过程；就横的方面而言，包括婚姻家庭主体之间、近亲属之间的各种权利义务关系。婚姻是家庭的基础，夫妻关系既是婚姻关系，又是家庭关系的核心。

婚姻关系和家庭关系是两种既密切联系又有区别的社会关系。所谓婚姻关系，是男女两性因结婚而形成的关系，它只存在于具有合法夫妻身份的男女两性之间。其范围包括：婚姻的成立、婚姻的效力和婚姻的终止。所谓家庭关系，是指以婚姻为基础，并由出生或者收养

而形成的各亲属间的关系。其范围包括：夫妻关系、父母子女关系和其他家庭成员的关系。婚姻关系和家庭关系都具有自然属性和社会属性，都具有人身和财产两方面的内容。

婚姻法就其主要性质而言是身份法而不是财产法，它所调整的是婚姻家庭领域的人身关系以及与此相联系的财产关系。

婚姻法的调整对象和性质决定了其具有如下 3 个特征：

（1） 婚姻法在适用范围上具有极大的广泛性、普遍性。

（2） 婚姻法在内容上具有强烈的伦理性。

（3） 婚姻法的规定，大部分是强制性规定。

（二）婚姻法的基本原则

中国婚姻法规定了婚姻自由、一夫一妻、男女平等、保护妇女、儿童和老人合法权益、计划生育、夫妻应当互相忠实，互相尊重，家庭成员应当敬老爱幼，互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系等六项基本原则。

1、婚姻自由原则（第 2 条第 1 款）

婚姻自由原则是中国婚姻法的首要原则。婚姻自由是指婚姻当事人有权按照法律的规定，决定自己的婚姻大事，任何人不得强制和干涉。婚姻自由包括结婚自由和离婚自由两个方面的内容。结婚自由，是男女双方根据自己的意愿，与他人缔结婚姻的自由，不允许任何一方对他方加以强迫或者任何第三者加以干涉。离婚自由，是指夫妻双方感情确已破裂，符合准予离婚的法定条件，双方或者一方可依法定程序解除婚姻关系的自由。这两个方面的内容是相互联系、相辅相成的。结婚自由是建立幸福家庭的前提，离婚自由解除的是已经死亡的婚姻关系。结婚自由和离婚自由构成立婚姻自由的完整内容，它们从不同的角度共同保障社会主义婚姻关系的建立和巩固。中国婚姻法在规定婚姻自由的同时，还规定禁止包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为（第 3 条第 1 款）。

2、一夫一妻原则（第 2 条第 1 款）

一夫一妻是一男一女结为夫妻的婚姻制度。任何人不论其地位、经济条件如何，都不能同时有两个或者更多的配偶；已婚者在配偶死亡或者离婚之前不得再行结婚；任何形式的一夫多妻或者一妻多夫的两性关系都是违法的。婚姻法还规定，禁止重婚和有配偶者和他人同居的行为（第 3 条第 2 款）。

重婚，是婚姻关系的当事人在婚姻关系存续期间又与他人缔结婚姻的行为。重婚分为法律上的重婚和事实上的重婚两种。法律上的重婚是指婚姻关系的一方当事人在婚姻关系的存续期间，又与他人登记结婚。事实上的重婚是指当事人尚未解除前婚，又与他人以夫妻名义

同居生活。婚姻法规定，重婚是禁止结婚的条件；是婚姻无效的原因；对已经构成重婚的，应依法解除重婚关系，故是判决离婚的理由；犯重婚罪须追究刑事责任。同时，《婚姻法》第46条规定，因重婚或者有配偶者与他人同居而导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿。

禁止有配偶者与他人同居。这是修改后的婚姻法针对现实生活中的种种纳妾、包二奶、养情妇（夫）、姘居、通奸、第三者插足等违法行为所作的规定。根据婚姻法规定，“包二奶”被界定为重婚以外的“不以夫妻名义但形成婚外同居关系”。

3、男女平等原则（第2条第1款）

男女平等原则，是指男女双方在婚姻关系和家庭生活各方面都享有平等的权利，负有平等的义务。这一原则是中国婚姻法社会主义本质的体现，也是宪法规定在婚姻家庭方面的具体体现。在中国，男女平等的内容十分广泛。如男女双方在结婚、离婚方面的平等；不同性别的家庭成员在家庭关系方面的平等；不同性别的家庭成员相互之间的权利、义务的平等，等等。贯彻男女平等原则必须反对男尊女卑、父权思想和重男轻女的传统习惯势力。男女从法律上的平等到实际生活中的完全平等，从根本上说，有赖于社会主义物质文明与精神文明的高度发展。

4、保护妇女、儿童和老人合法权益的原则（第2条第2款）

保护妇女、儿童和老人合法权益，是指在婚姻家庭关系中，妇女、儿童和老人应受到特殊的保护。保护家庭中的弱势群体，是为了实现法律的公正，也是家庭负担社会职能的必要保障。

保护妇女的合法权益，是婚姻法男女平等原则的重要补充。从中国历史和现状来看，封建的和资产阶级思想影响较深，男女两性在婚姻家庭生活中的地位还存在着某些实际差别。因此，从目前的实际出发，对妇女的合法权益加以特殊保护和照顾是完全必要的。婚姻法在离婚、家庭关系等章中，都贯穿着特殊保护妇女合法权益的原则。如在离婚方面、夫妻共同财产分割、子女抚养等方面，都体现了照顾女方的原则。

老人和儿童也是家庭中的弱者。在传统社会中，养老育幼的社会职能只由家庭来承担，要求家庭成员尊老爱幼不仅是一个道德要求，而且对实现家庭的社会职能具有重要意义。随着社会保障体系的建立，社会在养老育幼方面已开始扮演重要角色，但家庭的作用不可因此而忽视，尤其是亲属在感情上的关心和抚慰是社会所不可替代的。法律中有对老年人和未成年人的合法权益进行专项保护的规定，体现在婚姻法中为：家庭成员间的相互扶助，父母有抚养未成年子女的义务，子女有赡养父母的义务，禁止家庭暴力、禁止对家庭成员的虐待和

遗弃。婚姻法规定，实施家庭暴力、虐待和遗弃家庭成员，由公安机关依照治安管理处罚条例予以行政处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。对正在实施的家庭暴力，受害人有权提出请求，居委会、村委会应当予以劝阻，公安机关应当予以制止。同时，婚姻法还规定，一方实施家庭暴力、对家庭成员虐待和遗弃的，可以成为离婚的理由，无过错方有权请求损害赔偿。

5、计划生育原则（第 2 条第 3 款）

计划生育，是指有计划地调节人口增长速度，使人口增长与国民经济的增长相适应。它包括两方面的含义：一是调节生育，降低人口发展速度；二是鼓励生育，提高人口发展速度。中国实行的计划生育是指前一含义。计划生育的方针是：少生、晚生、优生、优育。基本要求是，一对夫妇只生一个孩子；严格控制二胎，坚决杜绝多胎。实行计划生育，是中国的一项基本国策，它被认为关系着中国四化建设的成效，关系着中国子孙后代健康成长。

6、夫妻应当互相忠实，互相尊重；家庭成员应当敬老爱幼，互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系（第 4 条）。

夫妻相互忠实主要是指夫妻双方不为婚姻之外的两性行为，在性生活上保持专一，互守贞操，内容主要包括夫妻双方互负忠实义务，不得恶意遗弃配偶，不得为了第三方的利益牺牲、损害配偶的利益等等。夫妻相互尊重，是指夫妻承认各自独立的人格，尊重彼此的人格、权利和生活方式，夫妻间的“互相尊重”体现了平等的夫妻地位。家庭成员应当敬老爱幼，互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。婚姻法所倡导的理想的家庭模式，是社会主义道德的法律化要求，其根本目的就是要建立符合婚姻法要求的婚姻家庭关系。

二、结婚

（一）结婚的概念及特征

结婚，又称婚姻的成立，是指男女双方依照法律规定的条件和程序，建立夫妻关系的法律行为。它是夫妻权利与义务发生的法律依据。结婚具有以下 3 个特征：

（1）结婚的行为主体必须是异性男女。

（2）结婚的行为必须遵守法定的结婚条件，按法定的方式进行。

（3）结婚行为的法律后果是建立夫妻关系。

（二）结婚的条件

中国婚姻法对结婚条件作了两方面的规定，即必备条件和禁止条件。

（1）结婚的必备条件。结婚的必备条件，是指结婚当事人必须具备的不可缺少的条件。依中国婚姻法的规定，必备条件如下：

一、结婚必须男女双方完全自愿，不许任何一方对他方加以强迫或任何第三者加以干涉（第 5 条）。

二、必须达到法定婚龄。法定婚龄是指法律上规定的男女双方结婚的最低年龄。公民只有达到法定婚龄才能缔结有效的婚姻。《婚姻法》第 6 条规定，结婚年龄，男不得早于 22 周岁，女不得早于 20 周岁。晚婚晚育应予鼓励。这一规定考虑了两方面因素：一是自然因素，即人的身心发育成熟程度。只有达到法定的婚龄结婚，才能具备相应的生理条件和心理条件，履行夫妻义务，承担对家庭和社会的责任。二是社会物质生活条件，使之符合当前中国的实际情况。

三、必须符合一夫一妻原则。

（2）结婚的禁止条件。禁止条件是指结婚当事人本身和他们的关系必须排除的不得具备的条件。依据中国《婚姻法》的规定，禁止条件有两种，即禁止一定范围的血亲结婚和禁止患有医学上认为不应当结婚的疾病的人结婚（第 7 条）。

一、直系血亲和三代以内旁系血亲禁止结婚。血亲是指有血缘关系的亲属。直系血亲，即父母子女之间，祖父母、外祖父母与孙子女、外孙子女之间等一切直系血亲，不受世代多少的影响，也不论是婚生或者非婚生的，都禁止结婚。旁系血亲是指具有间接血缘关系的亲属。所谓三代以内的旁系血亲，是指除直系血亲外的，与己身出自同一父母或者同一祖父母、外祖父母的血亲。

二、患有医学上认为不应当结婚的疾病应禁止结婚。中国婚姻法对禁止结婚的疾病没有作具体的列举性规定，而是以“医学上认为不应当结婚的疾病”进行了概括性的规定。具体哪些疾病属于医学上认为不应当结婚的疾病，最终要由医学鉴定。一般来讲，禁止结婚的疾病主要有两类：一类是精神方面的疾病，包括精神病、重症智力低下者等。患有这一类疾病的人，通常是无民事行为能力人或者限制民事行为能力人，不具有承担夫妻间权利与义务的能力，并有将精神方面的疾病遗传给后代的可能。另一类是身体方面的疾病，主要是指那些足以危害到对方和下一代健康的重大不治的传染性疾病或者遗传性疾病。目前中国正在推行婚前健康检查制度，其目的是为了检查结婚当事人是否患有医学上认为不应当结婚的疾病，这是减少出生缺陷，提高人口健康素质的一项重要措施。

3、结婚程序

结婚程序，是缔结婚姻所必须遵循的法定程序，它是婚姻成立的法定要件，符合结婚条件的当事人，只有举行了法律规定的结婚程序，所缔结的婚姻才是合法的。结婚履行一定的程序，是婚姻关系法律调整，社会认可的要求。

中国采取的是登记制的结婚程序，要求结婚的男女双方必须亲自到婚姻登记机关进行结婚登记。符合本法规定的，予以登记，发给结婚证。取得结婚证，即确立夫妻关系。未办理结婚登记的，应当补办登记（第 8 条）。中国婚姻法规定的结婚程序分为申请、审查和登记三个步骤。

注意与婚姻有关的两种现象：

一是婚约。婚约，是男女双方以结婚为目的而作的事先约定。婚约在中国不是结婚必经的法定程序，婚姻法中也没有关于婚约的规定。男女双方是否结婚，完全以他们在登记时所表示的意愿为依据。按照中国的结婚制度，只要履行登记结婚手续，领得“结婚证”，即使未曾同居生活，同样是合法的夫妻关系，那种认为订婚就是结婚，或者举行结婚仪式才是结婚的认识，完全是一种误解。但由于婚约这种习俗在中国流行已久，只要不违背法律，也无须明令禁止。法律既不承认、保护婚约，也不加以干预。

二是非法同居。非法同居，是指男女双方未办理结婚登记而共同生活或者公开以夫妻名义共同生活。由于这种行为未履行法定结婚手续，所以是一种无效婚姻。

4、无效婚姻和可撤销婚姻

（1）无效婚姻。无效婚姻又称婚姻违法，即不具有法律效力的婚姻，是指男女两性的结合因违反了法律规定的结婚要件而不具有法律效力的一种婚姻形式。《婚姻法》第 10 条规定有下列情形之一的婚姻无效：一、重婚的；二、有禁止结婚的亲属关系的；三、婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈的；四、未到法定婚龄的。对无效婚姻，当事人以及利害关系人可以向婚姻登记机关或者法院提出该婚姻无效；婚姻登记机关或者法院应当宣告该婚姻无效。对未到法定婚龄结婚的，应当在法定婚龄届至前提出或者宣告该婚姻无效。

（2）可撤销婚姻。可撤销婚姻，是指不完全符合法律要求的有效婚姻要件，可以由有撤销权的人向婚姻登记机关或者法院请求予以撤销的婚姻。中国婚姻法只规定了一种可撤销婚姻，即第 11 条因受胁迫结婚的，受胁迫的一方可以向婚姻登记机关或者法院请求撤销该婚姻。受胁迫的一方撤销婚姻的请求，应当自结婚登记之日起 1 年内提出。被非法限制人身自由的当事人请求撤销婚姻的，应当自恢复人身自由之日起 1 年内提出。

无效或被撤销的婚姻，自始无效。当事人不具有夫妻的权利和义务。同居期间所得的财产，由当事人协议处理；协议不成时，由人民法院根据照顾无过错方的原则判决。对重婚导致的婚姻无效的财产处理，不得侵害合法婚姻当事人的财产权益。当事人所生的子女，适用本法有关父母子女的规定（第 12 条）。

（三）家庭关系

家庭关系包括夫妻关系、父母子女关系和其他家庭成员之间的关系。

1、夫妻关系

夫妻是家庭的基本成员，夫妻关系是家庭关系产生的前提。夫妻关系，是指由合法婚姻而产生的男女之间的人身和财产方面的权利义务关系，它是家庭的基础和核心。夫妻在家庭中地位平等。夫妻关系的内容按其性质可分为人身关系和财产关系。

（1）夫妻之间的人身关系。夫妻之间的人身关系包括以下几方面：

一、夫妻双方都有各自使用自己姓名的权利（第 15 条）。

二、夫妻双方都有参加生产、工作、学习和社会生活的自由，一方不得对他方加以限制和干涉（第 15 条）。

三、夫妻双方都有实行计划生育的义务（第 16 条）。

四、夫妻双方都有抚养教育子女的权利与义务（第 21 条）。

（2）夫妻之间的财产关系。夫妻财产包括三种：夫妻共同财产、个人财产和约定财产。

夫妻共同财产，是指夫妻双方在婚姻关系存续期间所得的财产。婚姻关系存续期间是指从登记结婚到婚姻关系的解除（一方离婚或者死亡）期间。夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，归夫妻共同所有：（一）工资、奖金；（二）生产、经营的收益；（三）知识产权的收益；（四）继承或赠与所得的财产，但本法第十八条第三项规定的除外；（五）其他应当归共同所有的财产。夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权（第 17 条）。

《婚姻法》第 18 条规定，有下列情形之一的，为夫妻一方的财产：（一）一方的婚前财产；（二）一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用；（三）遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产；（四）一方专用的生活用品；（五）其他应当归一方的财产。

婚姻法第 19 条规定了夫妻财产约定优先的原则。夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或约定不明确的，适用本法第 17 条、第 18 条的规定。夫妻对婚姻关系

存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的，夫或妻一方对外所负的债务，第三人知道该约定的，以夫或妻一方所有的财产清偿。

（3）夫妻之间有互相抚养的义务。《婚姻法》第 20 条规定，夫妻有互相扶养的义务。一方不履行扶养义务时，需要扶养的一方，有要求对方付给扶养费的权利。夫妻在共同生活中应当同甘共苦，相互帮助，在一方因患病、年老等原因造成困难时，有能力的一方必须在经济上和生活上给予适当照顾。如果一方不履行扶养义务，需要扶养的一方，有要求对方付给扶养费的权利。

（4）夫妻有相互继承遗产的权利（第 24 条第 1 款）。夫妻中的一方死亡，另一方有权作为第一顺序继承人继承死者遗产。注意这里的夫妻是指一方死亡时，彼此具有合法的婚姻关系的夫妻。

2、父母子女关系

父母子女之间的关系包括自然血亲和拟制血亲。自然血亲，是指基于子女出生的事实而发生的关系，包括婚生子女和非婚生子女。拟制血亲，是指本来无血缘关系，但法律上确认其与自然血亲有同等的权利与义务。如依法收养而发生的养父母与养子女的关系，以及因父母一方死亡或者离婚而再婚所发生的继父母与继子女关系。中国婚姻法对父母与子女间的权利义务作了明确规定。

（1）父母对子女有抚养教育的义务（第 21 条）。

（2）父母有保护和教育未成年子女的权利和义务。在未成年子女对国家、集体或他人造成损害时，父母有承担民事责任的义务（第 23 条）。

（3）子女对父母的赡养扶助的义务（第 21 条）。

（4）父母与子女间有相互继承遗产的权利（第 24 条第 2 款）。

（5）非婚生子女与父母、继父母与继子女、养子女与养父母的权利义务。

一、非婚生子女与父母的权利义务。《婚姻法》第 25 条第 1 款规定，非婚生子女享有与婚生子女同等的权利，任何人不得加以危害和歧视。《婚姻法》第 25 条第 2 款规定，不直接抚养子女的生父或者生母，应负担子女生活费和教育费，直至子女能独立生活为止。

二、继父母与继子女间的权利义务。《婚姻法》第 27 条第 1 款规定，继父母与继子女之间，不得虐待或者歧视。第 2 款规定，继父或者继母和受其抚养教育的继子女间的权利与义务，适用本法对父母子女关系的有关规定。继父母与继子女之间只有发生中国法律规定的事实上的抚养关系，才适用婚姻法对父母子女关系的规定。

三、养子女与养父母的权利义务。收养，是指将他人的子女作为自己的子女，使收养人和被收养人之间确立法律拟制的父母子女关系。收养人称养父母，被收养人称养子女。收养必须符合一定的条件，即收养人必须是具有完全民事行为能力的成年人；被收养人一般应是未成年人；有关当事人必须达成收养协议。收养必须履行法定程序。一是公证程序，一是行政程序。在程序上要经过申请、审查、批准三个环节。

《婚姻法》第 26 条规定，养父母和养子女间的权利与义务，适用本法对父母子女关系的有关规定，养子女和生父母间的权利与义务，因收养关系的成立而消除。因此，合法的收养关系一经确立，养父母与养子女之间便产生与生身父母子女相同的权利与义务，而生父母与养子女之间的权利义务因收养关系的成立而终止。

收养关系除因收养人或者被收养人死亡而自然终止外，还可以因依法解除而终止。解除收养关系必须符合一定的条件，履行一定的程序。养父母与养子女间的权利义务，因收养关系的解除而消除。

3、其他家庭成员间的关系

其他家庭成员间的关系包括祖父母、外祖父母与孙子女、外孙子女间的关系及兄弟姐妹间的关系两种。有负担能力的祖父母、外祖父母，对于父母已经死亡或父母无力抚养的未成年的孙子女、外孙子女，有抚养的义务。有负担能力的孙子女、外孙子女，对于子女已经死亡或子女无力赡养的祖父母、外祖父母，有赡养的义务（第 28 条）。有负担能力的兄、姐，对于父母已经死亡或父母无力抚养的未成年的弟、妹，有扶养的义务。由兄、姐扶养长大的有负担能力的弟、妹，对于缺乏劳动能力又缺乏生活来源的兄、姐，有扶养的义务（第 29 条）。

4、离婚

离婚，是夫妻双方在婚姻关系存续期间，依照法定条件和程序解除婚姻关系的法律行为。离婚制度主要包括离婚条件和离婚程序、离婚后的父母子女关系、离婚后财产处理四方面的内容。

（1）离婚的条件。中国《婚姻法》第 31 条规定，男女双方自愿离婚的，准予离婚。双方必须到婚姻登记机关申请离婚。婚姻登记机关查明双方确实是自愿并对子女和财产问题已有适当处理时，发给离婚证。中国法律对于离婚有着严格的要求，遵循保障离婚自由，反对轻率离婚的原则，对离婚的条件作了规定。《婚姻法》第 32 条规定，男女一方要求离婚的，可由有关部门进行调解或者直接向法院提出离婚诉讼。法院审理离婚案件，应当进行调解；如感情确已破裂，调解无效，应准予离婚。

《婚姻法》第 32 条规定，有下列情形之一，调解无效的，视为感情确已破裂：一、重婚或者有配偶者与他人同居的；二、实施家庭暴力或者虐待、遗弃家庭成员的；三、有赌博、吸毒等恶习屡教不改的；四、因感情不和分居满二年的；五、其他导致夫妻感情破裂的情形。一方被宣告失踪，另一方提出离婚诉讼的，应准予离婚。

（2）离婚的程序。在中国，离婚主要有三种方式：协议离婚；调解离婚；判决离婚。

一、协议离婚又称双方自愿离婚，是指夫妻双方自愿离异，并就离婚的法律后果（包括财产分割、子女的抚养等）达成协议经有关部门认可即可以解除婚姻关系。

二、调解离婚，是指离婚双方当事人在法院调解下，对离婚及子女抚养、财产分割问题达成协议，法院即发给离婚调解书。法院的调解书与判决书具有同等的法律效力。调解是法院审理离婚案件的必经程序。除了特殊情况法院无法调解的以外，法院不得未经调解直接作出判决。

三、判决离婚，是指夫妻双方对待离婚或者离婚后子女抚养或者财产分割等问题都不能达成协议，而由法院以判决的方式解除双方的婚姻关系。

（3）离婚的两项特殊规定。婚姻法对离婚问题有两项特殊的规定，

一、 现役军人的配偶要求离婚，须征得军人同意，但军人一方有重大过失的除外（第 33 条）。军人的重大过失主要是指军人严重违背了夫妻间的义务，如军人与第三人有同居关系、军人严重虐待其配偶等。

二、 女方在怀孕期间、分娩后 1 年内或者中止妊娠后 6 个月内，男方不得提出离婚。女方提出离婚的，或者法院认为确有必要受理男方离婚请求的，不在此限（第 34 条）。

（4）离婚后子女的抚养和财产问题。离婚只解除夫妻关系，他们与子女之间的血亲关系不能因离婚而消除。离婚后，子女无论由父或者母直接抚养，他们仍是父母双方的子女。《婚姻法》第 36 条规定，“离婚后，父母对于子女仍有抚养和教育的权利与义务。”因此，中国婚姻法有关父母子女间权利义务的规定，对离婚后的父母子女关系是完全适用的。离婚后，任何一方都不得以任何借口不履行这种义务。《婚姻法》第 37 条规定，离婚后，一方抚养的子女，另一方应负担必要的生活费和教育费的一部分或者全部，负担费用的多少和期限的长短，由双方协议；协议不成，由法院判决。关于子女生活费和教育费的协议或者判决，不妨碍子女在必要时向父母任何一方提出超过协议或者判决原定数额的合理要求。

《婚姻法》第 38 条规定，离婚后，不直接抚养子女的父或者母，有探望子女的权利，另一方有协助的义务。行使探视权利的方式，时间由当事人协商；协商不成时，由法院判决。

《婚姻法》第 39 条规定，离婚时，夫妻的共同财产由双方协议处理；协议不成时，由法院根据财产具体情况，照顾女方和子女权益的原则判决。离婚时分割的财产，仅以夫妻共同财产为限；婚前的财产原则上归本人所有；夫妻关系存续期间所负的债务，应由共同财产偿还。

根据中国的司法实践，婚姻法规定，夫妻书面约定婚姻关系存续期间所得的财产归各自所有，一方抚育子女、照料老人、协助另一方工作等付出较多义务的，离婚时有权向另一方请求补偿，另一方应当予以补偿。

（五）法律责任

婚姻法以 7 个条文（从第 43 条到第 49 条）来规定违反婚姻法所承担的法律责任。

1、家庭暴力的责任

《婚姻法》第 43 条规定，实施家庭暴力或者虐待家庭成员，受害人有权提出请求，居民委员会、村民委员会以及所在单位应当予以劝阻、调解。对正在实施的家庭暴力，受害人有权提出请求，居民委员会、村民委员会应当予以劝阻；公安机关应当予以制止。实施家庭暴力或者虐待家庭成员，受害人提出请求的，公安机关应当依照治安管理处罚条例的法律规定予以行政处罚。

2、遗弃的责任

《婚姻法》第 44 条规定，对遗弃家庭成员的，受害人有权提出请求，居民委员会、村民委员会以及所在单位应当予以劝阻、调解。 对遗弃家庭成员，受害人提出请求的，法院应当依法作出支付扶养费、抚养费、赡养费的判决。

3、重婚的责任

《婚姻法》第 45 条规定，对重婚的，对实施家庭暴力或者虐待、遗弃家庭成员构成犯罪的，依法追究刑事责任。受害人可以依照刑事诉讼法的有关规定，向法院自诉；公安机关应当依法侦查，检察院应当依法提起公诉。

4、离婚损害赔偿的责任

《婚姻法》第 46 条规定，有下列情形之一的，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：（1）重婚的；（2）有配偶者与他人同居的；（3）实施家庭暴力的；（4）虐待、遗弃家庭成员的。

5、私自处分夫妻共同财产的责任

《婚姻法》第 47 条规定，离婚时，一方隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或者伪造债务企图侵占另一方财产的，分割夫妻共同财产时，对隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同

财产或者伪造债务的一方，可以少分或者不分。离婚后，另一方发现有上述行为的，可以向法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产。

6、对不执行法院判决确定的义务的责任

《婚姻法》第 48 条规定，对拒不执行有关扶养费、抚养费、赡养费、财产分割、遗产继承、探视子女等判决或者裁定的，由法院依法强制执行。有关个人和单位应负协助执行的责任。

第二节　收养

一、收养的概念及特征

收养是指公民依法领养他人子女为自己子女，从而使收养人与被收养人建立拟制亲子关系的民事法律行为。领养他人子女者为收养人，即养父母；将子女或儿童送给他人收养的父母、其他监护人和社会福利机构称送养人；被他人收养的人为被收养人。《收养法》于 1991 年 12 月 29 日由第 7 届全国人民代表大会常务委员会第 23 次会议通过，根据 1998 年 11 月 4 日第 9 届全国人民代表大会常务委员会第 5 次会议《关于修改〈中华人民共和国收养法〉的决定》修正。该收养法是调整养父母与养子女这一拟制血亲关系的主要法律规范。

收养关系的成立和终止与自然血亲不尽相同，作为一种独特的法律关系，收养行为具有以下法律特征：1，收养是一种法律行为；2，收养是身份上的行为；3，收养是变更亲属身份和权利义务关系的行为；4，收养不能发生于直系血亲关系之间；5，收养关系是一种拟制血亲关系。

二、收养法的原则

《收养法》第 2 条和第 3 条分别对基本原则作了明确规定，这些原则性的规定，集中体现了中国收养法的本质特点，是立法和执法的基本依据。具体说来，收养法的基本原则包括如下几个：1，有利于被收养的未成年人的抚养和成长原则；2，保障被收养人和收养人的合

法权益的原则；3，平等自愿原则；4，不得违背社会公德的原则；5，不得违背计划生育的法律、法规的原则。

三、收养的成立

作为民事法律行为之一的收养行为，成立时必须同时具备两个方面的条件，才能发生法律效力。一方面是收养关系当事人所应具备的条件，即成立收养时的实质要件；另一方面是当事人依法应履行的程序手续，即成立收养时的形式要件。

（一）收养成立的法定条件

依据中国《收养法》的规定，收养行为有一般收养和特殊收养两种，因此，收养的法定条件亦被划分为一般收养成立的条件和特殊收养成立的条件。

1、一般收养成立的法定条件

一般情况下，收养行为涉及收养人、被收养人和送养人三方，法律对此三方民事活动的主体条件分别做出了要求：

1）被收养人应具备的条件

依照收养法第 4 条的规定，被收养人应当符合下列条件：（1）不满十四周岁的丧失父母的孤儿；就是说，父母双亡。民政部《关于办理收养登记中严格区分孤儿与查找不到生父母的弃婴的通知》（1992 年 8 月 11 日）指出，孤儿是指其父母死亡或人民法院宣告其父母死亡的不满 14 周岁的未成年人。（2）不满 14 周岁的，查找不到生父母的弃婴和儿童；“弃婴和儿童”是指被父母或其他监护人丢弃而脱离家庭或监护人的未满 14 周岁的未成年人。（3）不满 14 周岁的，生父母有特殊困难无力抚养的子女。例如，父母无经济负担能力、患有严重疾病、丧失民事行为能力等。

14 周岁的年龄限制，主要是为了保证孩子可以融入新的家庭。

2）收养人应具备的条件

根据中国收养法第 6 条的规定，收养人应当同时具备下列条件：

（1）收养人必须年满 30 周岁。这一规定基于以下理由：首先，这是对收养人年龄限制的普遍性要求，世界上大多数国家都有最低年龄的起点要求。如德国和法国关于收养人年龄的要求为：30 岁的成年人即可收养。有的国家虽然没有一定的年龄差，但一般为 20 岁左右。其次，收养是建立父母子女关系的法律行为，收养人为人父母，则年龄不宜过轻。收养

人年满 30 周岁，是对有配偶者双方和无配偶者的共同要求。也就是说，配偶双方收养的必须都达到 30 周岁。

（2）收养人无子女。基于《宪法》和《婚姻法》关于计划生育的要求，这里的收养人无子女，是指夫妻双方或一方因不愿生育或不能生育而没有子女，或是因所生子女死亡而失去了子女，或是指收养人因无配偶而没有子女的情况。

（3）有抚养教育被收养人的能力。为了保证被收养人的健康成长，对收养人抚养、教育能力的要求包括两个方面：第一，收养人应具有良好的思想道德品质；第二，收养人有保证被收养人成长的物质条件。

（4）未患有医学上认为不应当收养子女的疾病，即没有影响被收养人健康成长的精神病或其他严重疾病。包括哪些疾病呢？这些主要是指，足以危害养子女健康的传染病和足以危及养子女人身安全的精神病。

（5）有配偶者收养子女，须夫妻双方共同收养。法律这样规定的目的，是为了保证被收养人能在一个和睦、温暖的家庭环境中健康成长，以免因夫妻单方收养而造成另一方不接纳孩子，进而影响到夫妻关系的和睦、影响到养子女的身心健康。另外，夫妻财产是共同财产，一方擅自收养，实际上是侵害了对方的财产权。

（6）收养人只能收养一名子女。对收养人的这一要求，是为了贯彻、推行中国的计划生育政策。

3）送养人应具备的条件

中国《收养法》所认可的送养人，包括下列公民和社会组织：

（1）孤儿的监护人。当被收养人的父母死亡后，由孤儿的监护人作为送养人。根据《民法通则》第 16 条的规定，可以作为孤儿监护人的包括下列人员：祖父母、外祖父母、兄、姐等近亲属；关系密切的其他亲属、朋友愿意担任监护人的，须经未成年人的父、母的所在单位或未成年人住所地的居民委员会、村民委员会的同意；对担任监护人有争议的，由孤儿的父母的所在单位或者孤儿住所地的居民委员会、村民委员会在其近亲属中指定，对指定不服提起诉讼的，由人民法院裁决，如果没有上述监护人，由孤儿的父母所在单位或者孤儿住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任监护人。

为保护孤儿的合法权益，《收养法》第 13 条对监护人送养孤儿作了必要的限制性规定，“监护人送养未成年孤儿的，须征得有抚养义务的人同意。有抚养义务的人不同意送养、监护人不愿意继续履行监护职责的，应当依照《中华人民共和国民法通则》的规定变更

监护人”。此处所称的“有抚养义务的人”，就是指孤儿的有监护能力和抚养能力的祖父母、外祖父母、兄、姐。

（2）社会福利机构。社会福利机构是各级人民政府的民政部门所兴办的慈善机构。如社会福利院等。那些因父母死亡、其他亲属又无力抚养的孤儿或查找不到生父母的弃婴儿童，依照《未成年人保护法》的规定，由社会福利机构收容抚养。当收养人在符合条件的情况下，自愿收养由福利机构抚养的孩子时，社会福利机构即可成为送养人。

（3）有特殊困难无力抚养子女的生父母。父母对子女有抚养教育的义务，这种义务在通常情况下是不能免除的，但如果父母确有特殊困难(如重疾、高残、丧失劳动能力又无经济来源等情况)无力承担抚养义务，法律允许生父母将子女送养他人。依《收养法》的规定，生父母送养子女时，无论双方是否离婚，都须共同送养；除因生父母一方不明或查找不到时，才允许单方送养；生父母一方死亡的，生存方可单方送养。还需强调一点，这样的父母不能以送养后无子女为理由而违反计划生育的规定再生育子女。

《收养法》还进一步规定，当存在下列情况时，公民或社会组织不得作为送养人：

第一，未成年人的父母均不具备完全民事行为能力的，该未成年人的监护人不得将其送养，但父母对该未成年人有严重危害可能的除外。

第二，监护人送养未成年孤儿的，须征得其他有抚养义务的人同意。有抚养义务的人不同意送养、监护人不愿意继续履行监护职责的，应当按照《中华人民共和国民法通则》的规定变更监护人。

第三，在配偶一方死亡后，死亡方的父母要求优先行使抚养未成年孙子女或外孙子女的权利，生存方不能将该未成年人送养。

2、特殊收养成立的条件

基于收养关系主体身份的多样性，从有利于收养关系和家庭关系的正常发展的需要出发，《收养法》对一些特殊情况下的收养条件，也相应作了特殊规定。

无配偶男性收养女性的，收养人与被收养人的年龄应相差 40 周岁以上。这主要是为了保护被收养人。

收养三代以内同辈旁系血亲的子女的，中国《收养法》第 7 条规定，年满 30 周岁的无子女的公民收养三代以内同辈旁系血亲的子女，可以不受本法第 4 条第 3 项、第 5 条第 3 项、第 9 条和被收养人不满 14 周岁的限制。华侨收养三代以内同辈旁系血亲的子女，还可以不受收养人无子女的限制。

收养孤儿、残疾儿童或者弃婴和儿童。《收养法》规定，收养孤儿、残疾儿童或者收养由社会福利机构抚养的、查找不到生父母的弃婴和儿童，不受收养人无子女和收养一名的限制。

继父母对继子女的收养。《收养法》第 14 条规定，继父或者继母经继子女的生父母的同意，可以收养继子女，并可以不受本法第 4 条第 3 项、第 5 条第 3 项、第 6 条和被收养人不满 14 周岁以及收养一名的限制。

第 6 条规定，收养人应当同时具备下列条件：（一）无子女；（二）有抚养教育被收养人的能力；（三）未患有在医学上认为不应当收养子女的疾病；（四）年满 30 周岁。

3、收养的合意

收养的合意非常重要，这是收养的前提。

《收养法》第 11 条规定，收养人收养与送养人送养，须双方自愿。收养年满十周岁以上未成年人的，应当征得被收养人的同意。

（二）收养成立的法定程序

收养行为成立，不仅要求当事人符合《收养法》规定的实质要件，同时，还必须履行一定的收养程序。在中国，成立收养的法定程序是收养登记，而收养协议与收养公证是当事人可以自愿选择的程序，是对收养登记的必要补充。

1、收养登记

《收养法》第 15 条规定，收养应当向县级以上人民政府民政部门登记。收养关系自登记之日起成立。收养查找不到生父母的弃婴和儿童的，办理登记的民政部门应当在登记前予以公告。收养关系当事人愿意订立收养协议的，可以订立收养协议。收养关系当事人各方或者一方要求办理收养公证的，应当办理收养公证。

办理收养登记的法定机关是县级以上人民政府的民政部门。根据《中国公民收养子女登记办法》第 3 条的规定，收养查找不到生父母的弃婴和儿童的，在弃婴和儿童发现地的收养登记机关办理登记；收养社会福利机构抚养的孩子的，在社会福利机构所在地的收养登记机关办理登记；收养生父母有特殊困难无力抚养的子女或者由监护人监护的孤儿的，在被收养人生父母或者监护人常住户口所在地的收养登记机关办理登记。收养三代以内同辈旁系血亲的子女，以及继父或继母收养继子女的，在被收养人生父或者生母常住户口所在地(组织作监护人的在组织所在地)的收养登记机关办理。

收养登记的具体步骤。分为申请、审查和登记三个步骤。

（1）申请。为保证收养当事人的意思表示的真实性，办理收养登记时，当事人必须亲自到场。首先，夫妻共同收养子女者，一方如果不能亲自到收养登记机关的，须出具其作出并经过公证或者经过居委会村委会证明的书面的委托书。《中国公民收养子女登记办法》第4条第2款规定，夫妻共同收养子女的，应当共同到收养登记机关办理登记手续；一方因故不能亲自前往的，应当书面委托另一方办理登记手续，委托书应当经过村民委员会或者居民委员会证明或者经过公证。如果不能到场的一方是华侨，委托收养书还须经其居住国外交机关或者外交机关授权的机构认证和中华人民共和国驻该国使领馆认证。其次，送养人为公民的，须送养人亲自到收养登记机关办理收养登记；送养人为社会福利机构的，须由其负责人或委托代理人到收养登记机关办理收养登记。最后，被收养人是年满10周岁以上的未成年人的，亦须亲自到收养登记机关。

需要注意的是，委托书的规定，违反了身份行为不得代理的规则。

申请收养登记时，收养人应当向收养登记机关提交收养申请书。收养申请书应包括如下内容：第一，收养人情况；第二，送养人情况；第三，被收养人情况；第四，收养的目的；第五，收养人作出的不虐待、不遗弃被收养人和抚育被收养人健康成长的保证。

（2）审查。收养登记机关在收到收养申请书及有关材料后，应当依法对收养申请进行审查，以查明当事人是否符合《收养法》规定的实质要件、有无不良动机、意思表示是否真实。收养登记机关审查的期限不得超过30日；对收养查找不到生父母的弃婴和儿童的收养，收养登记机关应当在登记前公告查找其生父母，公告期为60日，公告期届满无人认领的，视为查找不到父母的弃婴和儿童。公告的期间不计算在登记办理的期限内。

（3）登记。经过审查，对证件齐全有效、符合《收养法》规定的条件的，准予办理收养登记，发给收养证，收养关系自登记之日起成立。收养关系成立后，需要为被收养人办理户口登记或迁移手续的，由收养人持收养登记证到户口登记机关按照国家有关规定办理。

2、自愿订立收养协议

收养人与被收养人在自愿的基础上，可以订立书面的收养协议。收养协议的主要条款，应当包括收养人、送养人和被收养人的基本情况，收养的目的，收养人不虐待、不遗弃被收养人和抚育被收养人健康成长的保证，以及双方要求订入的其他内容。

协议程序不是收养成立的必经程序，只有书面协议而未履行登记手续的收养行为不产生法律效力。

3、收养公证

《收养法》第 15 条规定，收养关系当事人各方或者一方要求办理收养公证的，应当办理收养公证。依据此规定，收养公证的办理与否，取决于当事人是否要求，只有在一方或双方要求之下，才必须办理收养公证手续，非经要求，公证程序不是收养成立的必经程序。

（三）事实收养

依中国收养法的规定，收养属于要式法律行为，即必须履行法定程序。但中国自 1992 年 4 月 1 日起才开始施行第一部收养法，1999 年 4 月 1 日起施行修改后的收养法。有收养法后，收养行为只有符合法定的条件并履行了法定的程序才有效。而在 1992 年 4 月 1 日前由于无收养法可依，也不强求必须履行合法手续，所以在司法实践中对于收养法实施前成立的没有办理收养手续的收养有条件地承认其为事实收养。最高人民法院（84）法办字第 112 号《关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》第 4 部分“收养问题”第 28 条规定，亲友、群众公认，或有关组织证明确以养父母与养子女关系长期共同生活的，虽未办理合法手续，也应按收养关系对待。

（四）收养中的隐私权与知情权

《收养法》第 22 条规定，收养人送养人要求保护收养秘密的，其他人应当尊重其意愿，不得泄露。

三、收养的效力

（一）收养成立的效力

收养成立的效力，是指收养关系成立后所产生的一系列民事法律后果。

依据中国《收养法》的规定，收养成立后，会形成如下效力：

1、养父母与养子女间产生拟制直系血亲关系。《收养法》规定，自收养关系成立之日起，养父母与养子女间的权利义务，适用法律关于父母子女关系的规定。

2、养子女与养父母的近亲属间形成法律拟制的直系或旁系血亲关系。《收养法》第 23 第 1 款规定自收养关系成立之日起，养子女与养父母的近亲属间的权利义务关系，适用法律关于子女与父母的近亲属关系的法律规定。

在当事人关系的收养，只有养父母与养子女以及收养后养子女的直系卑亲属有亲属关系。

3、养子女与生父母及其他近亲属间权利义务关系消除。《收养法》第 23 条第 2 款规定，养子女与生父母及其他近亲属间的权利义务关系，因收养关系的成立而消除。

4、关于养子女的姓氏。《收养法》第 24 条规定，养子女可以随养父或者养母姓，经当事人协商一致，也可以保留原姓。法律的这一规定，属任意性规定，即不强制要求养子女必须改变姓氏，但现实生活中，养子女随生父母姓的现象并不多见。

（二）收养的无效

为了确保法律的严肃性，《收养法》在肯定合法有效的收养行为的同时，还设立了收养无效制度。收养的无效是指欠缺收养成立的法定有效条件，不能产生收养法律效力的收养行为。《收养法》第 25 条规定，违反《中华人民共和国国民通则》第 55 条和本法规定的收养行为无法律效力。

根据《民法通则》和《收养法》的有关规定，导致收养行为无效的原因有以下几个方面：1、行为人不具有相应的民事行为能力；如正处发病期间的精神病、痴呆症等。2、成立收养的意思表示不真实：即他人以欺诈、胁迫手段或乘人之危，使当事人在违背真实意愿的情况下所作出的表示。3、违反法律(包括违反有关收养条件和收养程序的规定)或者社会公共利益，如当事人弄虚作假、欺骗收养登记或公证机关。

对于在成立收养时，当事人弄虚作假骗取收养登记的，由收养登记机关撤消收养登记，并收缴收养登记证。被撤销的收养关系不具有法律效力。

对于不符合法定条件的收养行为，当事人可请求人民法院确认其无效；人民法院在审理收养纠纷案件时，如果发现该收养不符合法定条件的，应当以判决的形式确认其无效。

依据《收养法》关于收养行为无效的有关规定，收养行为被人民法院确认为无效的，从行为开始时就没有法律效力；收养登记被收养登记机关依法撤销的，其无效的后果同样也是追溯到收养关系成立之时。

对以收养为名买卖儿童的犯罪人，由人民法院追究其相应的刑事责任。对以欺骗手段骗取收养证的行为人，可由收养登记机关予以必要的行政处罚。

四、收养的解除

（一）收养关系的终止

收养关系基于一定的法律事实的存在而发生，也可以在一定条件下终止。收养的终止是指合法有效的收养关系因一定事实的发生而归于消灭。引起收养关系终止的原因有二：一是因收养关系当事人一方死亡而终止；二是因当事人依法办理了收养解除手续而终止。因一方死亡导致收养关系的终止，仅是权利义务关系因主体不存在而终止，是相对终止，比较简

单，在此不作详细说明；因当事人办理解除手续而解除收养关系的，身份关系与权利义务都终止，是绝对终止。中国《收养法》对于收养关系当事人解除收养关系作了明确规定。

（二）收养关系解除的条件

依据《收养法》的规定，有下列情形之一的，可以解除收养关系：

1、收养人与送养人协议解除收养关系的

在养子女成年之前，收养人不得单方解除收养关系，但收养人和送养人双方协议解除的除外，收养法的这一规定，是基于有利于未成年人抚养成长和平等自愿的原则而制定的，以便防止发生因收养人、送养人相互推卸抚养责任而侵害未成年人权益的现象。如果养子女为年满 10 周岁以上的未成年人，在征得其本人同意后，收、送养双方才可协议解除收养关系。

2、收养人不履行收养义务，侵害被收养子女合法权益，送养人要求解除收养关系的

《收养法》第 26 条第 2 款规定，收养人不履行抚养义务，有虐待、遗弃等侵害未成年养子女合法权益行为的，送养人有权要求解除养父母与养子女间的收养关系。送养人、收养人不能达成解除收养关系协议的，可以向人民法院起诉。收养关系成立后，养父母须依法承担抚养、教育和保护养子女的义务，如果养父母有虐待、遗弃未成年养子女的行为，就会直接损害养子女的身心健康，因此，送养人有权要求解除收养关系。

3、养父母与成年养子女关系恶化，无法共同生活的

《收养法》第 27 条规定，养父母与成年养子女关系恶化、无法共同生活的，可以协议解除收养关系。不能达成协议的，可以向人民法院起诉。收养确立的目的，不仅要有利于被收养人的康成长，同时，也是对养老制度的补充和完善。养子女成年后，应当履行对养父母赡养、扶助的义务。如果养父母与成年养子女关系恶化，根本无法继续共同生活的，则收养关系也失去了其存在的意义，任何一方均可要求解除收养关系。

（三）收养关系解除的程序

收养的解除导致收养关系的终止，根据中国《收养法》的规定，收养解除的程序分为两类，即行政程序的解除和诉讼程序的解除。

这里的收养关系解除和离婚的规定类似，包括登记解除和诉讼解除两种。

1、收养关系的行政解除程序

收养解除的行政程序也被称做登记程序，适用这一程序的前提条件是：要求终止收养关系的当事人已自愿达成解除协议，并对财产和生活做出了协商一致的妥善处理。

《收养法》第 28 条规定，当事人协议解除收养关系的，应当到民政部门办理解除收养关系的登记。《中国公民收养子女登记办法》第 9 条规定，收养关系当事人协议解除收养关系的，应当持居民户口簿、居民身份证、收养登记证和解除收养关系的书面协议，共同到被收养人常住户口所在地的收养登记机关办理解除收养关系登记。

办理收养解除登记的机关是被收养人常住户口所在地的县级人民政府的民政部门。收养登记机关在收到解除收养关系申请书及有关材料后，应当自次日起 30 日内进行审查，对符合《收养法》规定的，予以登记，收回收养登记证，发给解除收养关系证明书。至此，收养关系即告终止。

2、收养关系的诉讼解除程序

收养关系的诉讼解除是指收养当事人通过向人民法院起诉，经法院依法审理而解除收养关系的程序。当出现以下两种情形时，适用诉讼解除的程序：第一，在当事人就收养关系的解除不能自愿达成协议时；第二，虽然双方同意解除收养关系，但对财产或生活存有争议。

（四）收养解除的效力

收养关系解除后，会产生一系列的法律后果，依据《收养法》第 29 条、第 30 条的规定，收养关系解除后的法律后果如下：

1、涉及身份关系的法律后果

养子女与养父母及其近亲属间的权利义务关系消除。收养关系解除后，养子女与养父母间不再存在拟制血亲关系，养子女与养父母的近亲属间的拟制直系或旁系血亲关系也随之消除。未成年养子女与生父母及其近亲属间的权利义务关系自行恢复。成年养子女与生父母及其近亲属间的权利义务关系是否恢复，由他们协商确定。

2、涉及财产关系的法律后果

生父母或其他送养人要求解除收养关系的，养父母可以要求生父母或其他送养人适当补偿收养期间支出的生活费和教育费。这种后果多发生于养子女尚未成年，因生父母或其他送养人反悔而要求解除收养关系的情况。但因养父母虐待、遗弃养子女而导致生父母或其他送养人要求解除收养关系的，养父母无权要求生活费和教育费的补偿。

收养关系解除后，经养父母抚养的成年养子女，对缺乏劳动能力又缺乏生活来源的养父母，应当给付生活费。由于养父母承担了各种义务，才将养子女抚养成人，基于权利义务相对等的一般法律原则，在养子女成年后，对养父母就应当履行赡养扶助的义务。即使收养关系终止，经养父母抚养成年的养子女，仍然有义务给予既缺乏劳动能力又缺乏生活来源的养父母一定的生活费。

因养子女成年后虐待、遗弃养父母导致收养关系解除的，养父母可以要求养子女补偿收养期间支出的生活费和教育费。只要收养关系的终止是由于成年养子女虐待、遗弃养父母所致，无论养父母是否“既缺乏劳动能力又缺乏生活来源”，养父母都有权要求成年养子女补偿收养期间的生活费和教育费。

第三节　继承法

继承法是中国民法的重要组成部分，是调整财产继承关系的法律。中国第一部继承法《继承法》于 1985 年 4 月 10 日经第 6 届全国人民代表大会第 3 次会议通过，于 1985 年 10 月 1 日起施行。继承法对于调整中国的继承关系，保护公民的合法权利，起到了很好的作用。

一、继承法的概念和基本原则

1、继承法的概念

继承法，是调整财产继承关系的法律规范的总称。就法律范畴来讲，继承法中的继承专指财产的继承。财产继承是一种民事法律制度，即公民死亡后，依法定程序把死者遗留的个人合法财产转移给继承人所有的法律制度。按照这种制度，遗留财产的死亡公民叫被继承人；接受遗产的人称之为继承人；死者遗留的个人合法财产，称为遗产；继承人依法取得的被继承人遗产的权利称为继承权。

2、继承法的基本原则

继承法的基本原则是继承法的指导思想，也是研究、解释和贯彻执行继承法的依据和出发点。继承法的基本原则包括：

（1）保护公民私有财产继承权的原则。

（2）继承权男女平等的原则。

（3）养老育幼原则。

（4）互谅互让，团结和睦原则。

（5）权利与义务相一致原则。

3、遗产的范围

遗产是公民死亡时遗留下来的、依照继承法规范能够转移给他人的个人合法财产。根据中国继承法规定，遗产的范围包括：公民的收入；公民的房屋、储蓄和生活用品；公民的林木、牲畜和家禽；公民的文物、图书资料；法律允许公民所有的生产资料；公民的著作权、专利权中的财产权利；公民的其他合法财产。

遗产既包括死者遗留的财物和债权，也包括债务。继承人有权要求债务人偿还债务。遗产中的债务，继承人有义务在所得遗产实际价值中予以清偿，超过遗产实际价值部分，继承人不再负有法律责任。因为土地使用权、经营承包权、房屋租赁权等权利的客体都不属于死者所有，所以不能继承。但自留地、自留山以及个人承包的荒山、荒沙、荒滩上种植的树、草或者其他农林作物，可以继承。

二、法定继承

1、法定继承的概念及条件

（1）法定继承是在被继承人生前没有立下遗嘱的情况下采用的一种继承方式，是法律对被继承人意志的一种推定。法定继承，是指继承人的范围、继承顺序和遗产分配原则均由法律规定的一种继承方式。它是依据继承人和被继承人之间的婚姻关系、血缘关系或者相互扶养关系确定的。

（2）根据中国继承法的有关规定，有下列情形之一的，方可适用法定继承：被继承人生前没有立遗嘱和遗赠的；遗嘱继承人放弃继承或者受遗嘱人放弃受遗赠的；遗嘱继承人丧失继承权的；遗嘱继承人，受遗赠人先于遗嘱人死亡的；遗嘱无效部分所涉及的遗产；遗嘱未加处分的遗产。

2、法定继承人的范围

法定继承人的范围，是指按照法律规定哪些人可享有继承权，可作为遗产的继承人。中国继承法确定的法定继承人有被继承人的配偶、子女、父母、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母，和对公婆和岳父母尽了主要赡养义务的丧偶儿媳和丧偶女婿。

（1）配偶。

（2）子女。《继承法》第 10 条中明确规定，本法所说的子女包括婚生子女，非婚生子女，养子女和有抚养关系的继子女。

（3）父母。中国《继承法》第 10 条 3 款规定，对子女遗产享有继承权的父母，包括生

父母、养父母和有抚养关系的继父母。

（4）兄弟姐妹。

（5）祖父母、外祖父母。

（6）对公、婆或者岳父母尽了主要赡养义务的丧偶儿媳和丧偶女婿。儿媳和女婿是公婆和岳父母的姻亲，彼此不发生法律上的抚养、赡养的权利与义务，一般情况下，亦不产生继承权的问题。但为了鼓励那些照顾、赡养公婆和岳父母的丧偶儿媳和丧偶女婿，中国继承法明确规定，丧偶儿媳对公婆和丧偶女婿对岳父母，尽了主要赡养义务的，作为第一顺序的继承人。是否尽了主要赡养义务，应从赡养的时间、内容等方面认定，主要指长期提供生活上的经济帮助或者在劳务方面给予主要扶助。

3、法定继承人的顺序

法定继承的顺序，是指法定继承人继承遗产的先后次序。被继承人死亡后，并非所有的法定继承人都可以同时继承遗产，而是要按照法律所规定的先后顺序，依次继承。中国《继承法》第 10 条把法定继承人分为两个顺序加以规定，

配偶、子女、父母为第一顺序继承人。同时，婚姻法把对公、婆或者岳父母尽了赡养义务的丧偶儿媳、女婿，也列为第一顺序继承人。兄弟姐妹、祖父母、外祖父母为第二顺序继承人。继承开始后，由第一顺序继承人继承，只有在第一顺序继承人全部放弃或者丧失继承权时，或者没有第一顺序继承人时，第二顺序继承人才能继承。对同一顺序的继承人，继承遗产时，没有先后顺序之分，继承遗产的份额，一般应当均等。可见，继承开始时，第一顺序继承人的继承权是现实的，第二顺序继承人的继承权只是一种可能性，它要成为现实性需要具备一定的条件。

4、代位继承

代位继承是法定继承的一种特殊形式，是指被继承人的子女先于被继承人死亡时，被继承人的晚辈直系血亲代其继承遗产的一种继承方式。代位继承中，先于被继承人死亡的被继承人子女称为被代位继承人。代替被代位继承人继承遗产的称为代位继承人。代位继承人的继承权称为代位继承权。代位继承只适用于法定继承第一顺序继承人中先于被继承人死亡的子女。

根据中国《继承法》第 13 条 的规定，代位继承必须具备以下条件：

（1）被代位人必须先于被继承人死亡或者依法宣告死亡，这是代位继承成立的首要条件，否则就不发生代位继承问题。

（2）被代位人必须是被继承人的属于第一顺序的晚辈直系血亲，即被继承人的子女，

如果是其他法定继承人先于被继承人死亡的，不发生代位继承。

（3）代位继承人必须是被代位继承人的晚辈直系亲属。晚辈直系血亲包括自然血亲、拟制血亲，丧偶儿媳对公婆、丧偶女婿对岳父母，无论其是否再婚，在作为第一顺序继承人时，不影响其子女代位继承，代位继承人不受辈数的限制，被继承人的子女、孙子女，曾孙子女、外曾孙子女都可代位继承。

（4）被代位继承人必须生前享有继承权，其晚辈直系血亲才有代位继承权。被依法剥夺继承权人的子女不享有代位继承权。

（5）代位继承人只能继承被代位继承人应当继承的份额，不得要求与其他法定继承人平分全部遗产。代位继承人的存在影响第二顺序继承人的继承，如果没有第一顺序继承人只有代位继承人，第二顺序继承人仍不能继承。

三、遗嘱继承

1、遗嘱和遗嘱继承的概念

（1）遗嘱是指被继承人在生前按照法律规定的内容和方式，对自己的财产预作处分并在死亡时发生法律效力的法律行为。遗嘱有遗嘱继承和遗嘱赠与（遗赠）两种。

（2）遗嘱继承是指在被继承人死亡后，按照其生前所立遗嘱内容继承其遗产的法律制度。在遗嘱继承中，生前立有遗嘱的被继承人称为遗嘱人或者立遗嘱人，依照遗嘱的制定享有遗嘱继承权的人称为遗嘱继承人。

2、遗嘱继承的特征

遗嘱继承是一种单方的民事法律行为，也是一种死亡后才生效的民事法律行为。其特点在于它不受血缘、婚姻和抚养关系等因素的限制，只是凭借被继承人生前设立的合法有效的遗嘱发生的继承方式。在遗嘱继承中遗嘱人可以确定继承人以及顺序、份额。充分体现了对遗嘱人自由处分其财产权利的尊重。遗嘱继承和法定继承虽都是继承方式，但遗嘱继承效力优于法定继承，如被继承人立有合法遗嘱时，就应首先按遗嘱的规定进行遗嘱继承，在没有遗嘱或者遗嘱被法院判决无效时，才按法定继承方式进行。

3、遗嘱的有效条件

在中国，遗嘱必须符合继承法规定的有效条件，才具有法律效力。

（1）立遗嘱人必须具有行为能力（第 22 条第 1 款）。

（2）遗嘱必须是立遗嘱人的真实意思表示（第 22 条第 2 款）。

（3）遗嘱的内容必须符合法律和社会道德。

（4）遗嘱必须具备一定的形式。在中国，一般有公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱、口头遗嘱 5 种形式，前 3 种为书面形式，后 2 种为口头形式。公证遗嘱是遗嘱人到国家公证机关办理了公证手续的遗嘱。公证遗嘱具有最高的法律效力。自书遗嘱是遗嘱人亲自书写的遗嘱。立遗嘱人需签名，并注明年、月、日。代书遗嘱是遗嘱人委托他人代笔书写的遗嘱。代书遗嘱必须有 2 个以上无利害关系的见证人在场见证，由其中一人代书，注明年、月、日，并由代书人、其他见证人和遗嘱人签名。录音遗嘱应当有 2 个以上无利害关系的见证人在场见证。口头遗嘱是遗嘱人在危急情况下以口头方式立的遗嘱。口头遗嘱应当由两个以上无利害关系的见证人在场见证。危急情况解除后,遗嘱人能够用书面或者录音形式立遗嘱时，原立的口头遗嘱无效。

4、遗嘱的变更、撤销和执行

遗嘱的变更，是指遗嘱人改变原立遗嘱中认为不妥的部分内容。遗嘱的撤消，是指遗嘱人认为原立遗嘱全部不妥，必须完全改变原立遗嘱的全部内容。立遗嘱人可以用新立遗嘱的形式来变更或者撤销原遗嘱，如遗嘱人先后立有数份内容相抵触遗嘱，以最后一份遗嘱为准（第 20 条第 2 款）。同时中国《继承法》规定，自书、代书、录音和口头遗嘱，不得变更或者撤销公证遗嘱（第 20 条第 3 款）。为保证遗嘱的真实性、可靠性，便于遗嘱的顺利实行，下列人员不能作为遗嘱见证人：无行为能力人、限制行为能力人；继承人、受遗赠人；与继承人、受遗赠人有利害关系的人。

遗嘱的执行，是实施遗嘱的必经程序。遗嘱生效后，遗嘱执行人要认真审查遗嘱，核清遗产，并按照遗嘱中的规定，将遗产公平合理地转移给继承人或者受赠人。遗嘱执行从遗嘱人死亡之日开始，直到遗产处理完为止。负责执行遗嘱的人叫遗嘱执行人。遗嘱人可以指定执行人，如果遗嘱人没有指定执行人，其法定继承人就是遗嘱的执行人。

四、遗赠

1、遗赠的概念

遗赠是公民以遗嘱方式，把自己的财产的一部分或者全部，在他死亡后赠送给国家、集体组织、社会团体或者法定继承人以外的其他公民的个人法律行为。遗赠是遗嘱继承的一种特殊形式，遗赠财产的人称为遗赠人，接受遗赠人称为受遗赠人。

2、遗赠与遗嘱的区别

遗赠的意思表示虽然是以遗嘱的方式表达的，但遗赠与遗赠继承相比有以下区别：

（1）接受遗产的主体范围不同(遗产的承受人不同)。受遗赠人既可以是国家、集体组织，也可以是法定继承人以外的人，而遗嘱继承人只限于法定继承人中的一人或者数人。

（2）遗赠属于单方法律行为，只要将遗赠内容载入遗嘱，不需要受遗赠人同意即为有效。

（3）遗产取得的方式不同。受遗赠人不参与遗产的分配，从继承人或者遗嘱执行人那里取得遗赠的遗产。遗嘱继承人直接参与遗产的分配，取得遗嘱指定的部分。

（4）遗嘱继承权的标的与受遗赠权的标的不同。遗嘱继承权的标的即遗产是被继承人生前的一定财产权利和财产义务的统一体。受遗赠权的标的，则不是财产权利和财产义务的统一体，而仅仅是遗产中的财产权利。

（5）主体承担的义务不同，遗嘱继承人既有继承遗产的权利，又有清偿遗嘱人生前所负债务的义务。一般情况下，受赠人则不承担清偿遗嘱人债务的义务。但如在遗嘱中写明，受遗赠人接受遗赠，要完成遗赠人指定的一定公益义务时，受遗赠人必须履行遗嘱指定的义务后，才能受领遗赠。

五、遗产的处理

1、继承的开始、继承发生的根据、继承的结果

（1）继承的开始。继承必须是被继承人死亡这一法律事实出现时才开始。《继承法》第2条规定，继承从被继承人死亡时开始。 被继承人死亡包括自然死亡和宣告死亡。继承开始的地点，通常是死者生前最后住所地。如果住所不明，主要遗产所在地作为继承开始的地点。

（2）继承发生的根据。《继承法》第5条规定，继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的按照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的按照扶养协议办理。中国财产继承发生的根据有3种方式：法定继承，遗嘱继承或者遗赠、遗赠扶养协议。

（3）继承的结果。继承的结果是财产所有权发生转移，新的所有权产生。

2、继承的接受、放弃和丧失

（1）继承的接受。继承的接受，是指继承人接受遗产的意思表示。在继承开始后，继承人在遗产处理前应当作出放弃遗产的表示，如果没有任何表示，即视为接受遗产。但受遗赠人接受遗产，应在知道受遗赠后2个月内，以明示的方式作出接受或者放弃的表示，到期如

果没有任何表示，视为放弃遗赠（第 25 条）。

（2）继承的放弃。继承的放弃，是指继承人不愿接受遗产的意思表示。放弃继承权只能以明示的方式，如以书面声明或者口头明确表示意思。另外，只要继承人一经表示放弃继承权的，就产生了法律效力，不能反悔。但继承人为了不履行法定义务而放弃继承权的行为无效。

（3）继承权的丧失。继承权的丧失，是指本应有继承权的人由于法定原因而被取消继承权。《继承法》第 7 条规定，继承人有下列行为之一的丧失继承权：故意杀害被继承人的；为争夺遗产而杀害其他继承人的；遗弃被继承人的或者虐待被继承人情节严重的；伪造、篡改或者销毁遗嘱，情节严重的。

3、遗产的分割

遗产的分割，是指继承人或者其他遗产承受人，依法或者按照遗嘱共同处理被继承人遗产的民事法律行为。如果被继承人生前立有合法有效的遗嘱，就应按遗嘱继承方式处理被继承人的遗产，没有遗嘱或者遗嘱无效，则按法定继承处理。

（1）遗产分割的原则。根据中国《继承法》的规定，同一顺序的法定继承人在继承遗产时，一般情况下，应当以继承人的人数均等分配遗产数额（第 13 条第 1 款）。“一般情况”，是指同一顺序的各个法定继承人，彼此在生活状况、劳动能力以及对被继承人所尽抚养、扶养或者赡养义务等方面，情况和条件基本相同。“均等分配遗产”，是指同一顺序的各个法定继承人所取得的被继承人遗产数额比例相同。根据中国《继承法》的规定，一、对生活有特殊困难的缺乏劳动能力的继承人，在分配遗产时应当予以照顾（第 13 条第 2 款）。二、对被继承人尽了主要扶养义务或者与被继承人共同生活的继承人，在分配遗产时可以多分（第 13 条第 3 款）。三、有抚养能力和抚养条件的继承人，不尽抚养义务的，分配遗产时，应当不分或者少分（第 13 条第 4 款）。四、经继承人之间协商同意的，也可以不均等分配（第 13 条第 5 款）。

（2）遗产的分割方法。遗产分割应有利于生产和生活需要，不损害遗产的效用。不宜分割的，可采取折价，适当补偿或者共有等方法处理（第 29 条）。遗产分割必须首先确定遗产的范围。当遗产与共有财产发生联系时，还要划清遗产与共有财产的界限。夫妻关系存续期间的共同财产，应先将共同财产的一半留给在世的配偶，其余的作为被继承人的遗产进行分割。遗产分割要坚持男女平等原则，反对漠视和侵害妇女继承权的行为。

（3）遗产分割中的债务清偿。遗产的继承是总体的继承。被继承人死亡时遗留的个人财产，既包括财产权利，又包括财产义务，即债务。当继承开始后，继承人表示接受继承的同

时，还应清偿被继承人应依法缴纳的税款和债务。但清偿应以被继承人遗产的实际价值为限，放弃继承权的继承人，对被继承人生前的债务可以不负责清偿（第 33 条）。在现实生活中，债务清偿还应注意以下几个具体问题：

一、应当把家庭债务和死者个人的债务区别开来，继承人只以被继承人的实际财产价值负责清偿被继承人本人的债务。被继承人的个人债务，指的是被继承人生前以个人名义欠下的，完全用于被继承人个人需要的债务。所谓以被继承人名义欠下的是指由被继承人作为债务人而欠下的债务。所谓用于被继承人个人需要的债务，是指与家庭共同生活需要或者与增加家庭共有财产无关，只是用来满足被继承人个人某种特殊需要而欠下的债务。

二、被继承人所欠的债务必须是合法债务，非法债务不受法律保护，继承人没有清偿的义务。

三、清偿债务，必须为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额。即使遗产不足清偿债务，也应为其保留适当遗产，然后再按中国继承法和民事诉讼法有关规定清偿债务，这是分割遗产、清偿被继承人债务时必须遵循的原则。

四、在同一继承顺序里，遗产共同继承人应按所得的遗产比例分担偿还被继承人生前所欠的债务。

4）无人继承又无人受赠遗产的处理。无人继承又无人受赠的遗产是指公民死亡后，没有法定继承人，又没有设立遗嘱和遗赠；或者他的全部继承人或者受遗赠人都放弃继承或者放弃受遗赠；或者他的全部继承人都丧失了继承权，或者受遗赠人丧失了受遗赠权，在这种情况下，死亡公民留下的遗产的处理原则是，死者生前是国有企业单位职工的，归国家所有，死者生前是集体组织成员的，归集体组织所有。在处理时，应首先支付必要的丧葬费，清偿死者生前依法应缴纳的税款和所欠债务。居住在中国国内的无国籍人在死亡后遗留下来的无人继承，又无人受遗赠的财产，归国家所有。

第八章　商法

商法是调整商事关系的法律规范的总称，是法律体系中的一个重要部门。商法起源于地中海沿岸国家的商人习惯法。随着经济贸易活动的发展以及商事规则的丰富，大陆法系国家纷纷制定了商法典及其他商事单行法规，形成了民商分立的格局。此后，由于商人身份的弱化及商事活动的扩大化，逐渐出现了民商合一的趋势。商法具有其特殊的属性，因此通说认为商法是民法的特别法。关于商法的特征，可以概括为以下 4 点：第一，私法兼具公法性特征。商法在性质上属于私法，但却存在有公法性质的规范。第二，伦理性兼具技术性特征。伦理性是所有法律都具备的特征，但商法是一个实践性极强的法律部门，为了保证交易的迅捷与安全，许多法条的设计体现了很强的技术性。第三，强制性规范与任意性规范结合的特征。商法以私法规范为主体，但有许多关于商事组织的问题应由国家给予适当的干预，在商法中就体现为强制性规范。第四，国际性特征。是指商法规范在国际范围趋于统一。商法的内容主要包括分属于商法总论的商事主体、商事行为、商业登记、商业账簿、商事代理，以及分属于商法分论的公司法、破产法、票据法、保险法和海商法。

第一节　公司法

一、概述

公司是不同于个人独资企业与合伙企业的企业组织形态，是依照法定的条件与程序设立的，以盈利为目的的商事组织。它具有独立的人格；个人结合的社团、以盈利为目的三大要素。根据中国公司法的规定，公司包括有限责任公司与股份有限公司两种类型。

与其他的法律概念一样，公司也可以根据不同的标准分成不同的类别，大陆法系最重要的分类是根据投资者承担责任的不同所做的划分，把公司分为无限责任公司、股份有限公司、有限责任公司、两合公司与股份两合公司。中国公司法所规定的公司法形式限于有限责任公司与股份有限公司两种。以公司的信用标准为基础，可以把公司分为资合公司、人合公司、资合兼人合公司三类，无限公司属于人合公司，有限责任公司属于资合兼人合公司中的偏人合型，普通的股份公司属于资合兼人合公司中的偏资合型，上市公司属于典型的资合公司。以公司之间的关系为标准，可以将公司分为总公司与分公司、母公司与子公司。总公司是一个独立的法人，而分公司只是在公司授权范围之内有相对独立营运资格的分支机构而已，分公司不能独立承担民事责任，须有母公司为其承担。母子公司都是独立的法人，母公司之所以是子公司的母公司，是因为母公司是子公司的控股股东。

公司法是规定公司的设立、组织、营运、变更、解散、股东权利与义务和其他公司内部、外部关系的法律规范的总称。公司法于 1993 年 12 月 29 日由第 8 届全国人民代表大会常务委员会第 5 次会议通过，根据 1999 年 12 月 25 日第 8 届全国人民代表大会常务委员会第 13 次会议《关于修改〈中华人民共和国公司法〉的决定》第一次修正，根据 2004 年 8 月 28 日第 10 届全国人民代表大会常务委员会第 11 次会议《关于修改〈中华人民共和国公司法〉的决定》第二次修正，2005 年 10 月 27 日第 10 届全国人民代表大会常务委员会第 18 次会议修订，2013 年 12 月 28 日第 12 届全国人民代表大会常务委员会第 6 次会议修订，于 2014 年 3 月 1 日起施行。共 13 章 218 条。

公司法的调整对象具体包括公司内部财产关系、公司外部财产关系、公司内部组织管理与协作关系与公司外部组织管理关系四类。公司法从本质上讲是私法，主旨在于维护股东的意思自治与权利自由。公司法具体的规定了许多公司及相关主体的权利义务，界定了公司的组织机构及其职权，同时也规定了取得、行使与履行这些权利义务的法定程序，显现了其兼具程序法内容的实体法特征。公司法首先是一种商事组织法，同时也规定了与公司组织具有直接关系的公司行为，是组织法与行为法的结合。

中国公司法规定了极具中国特色的制度，即在公司中，根据中国共产党章程的规定，设立中国共产党的组织，开展党的活动。公司应当为党组织的活动提供必要条件（第 19 条）。

二、有限责任公司

（一）有限责任公司的概念和特征

1、有限责任公司的概念。有限责任公司是指公司以其全部资本对公司的债务承担责任，股东以其认缴的出资额为限对公司的债务承担责任的企业法人。

2、有限责任公司的特征。有限责任公司主要具备以下几类特征：

（1）公司股东人数有上限的规定。针对股份公司规定人数众多的特征，中国公司法明确的规定，出资设立有限责任公司的股东人数不能超过 50 人。关于公司股东人数下限，中国公司法规定有限公司股东的人数也可以为 1 人。

（2）股东以出资额为限承担有限责任。有限责任制度的确立极大地刺激了投资者的投资信心，它使得投资者投入有限的资本设立公司，公司有可能给投资者赚取巨额利润，但投资者承担责任的范围仅限于其出资额。正如有限责任公司概念中的叙述，有限责任公司的股东以出资额为限承担有限责任。

（3）股东对外转让出资受到严格限制。有限责任公司具有一定的人合性质，因为公司的股东人数较少，所以股东之间存在彼此的熟知与信任，法律对股东对外转让出资做了严格的限制，《公司法》第 72 条规定，有限责任公司的股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意，其他股东自接到书面通知之日起满 30 日未答复的，视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让的，不同意的股东应当购买该转让的股权；不购买的，视为同意转让。经股东同意转让的股权，在同等条件下，其他股东有优先购买权。两个以上股东主张行使优先购买权的，协商确定各自的购买比例；协商不成的，按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。

（4）公司具有封闭性特征。有限公司股东人数较少且不能对外公开筹措资本，所以其在组织与经营上具有一定的封闭性，从公司的设立程序到公司的经营状况、财务状况都无需向社会公众公开。

（二）有限责任公司的设立

中国大部分公司的市场准入制度均采准则主义，即法律规定了公司设立必须具备的实质要件与程序要件，公司的发起人按照公司法的规定准备即可，当条件准备充分，向工商行政管理机关申请并经过审查即可取得营业执照，营业执照的核发之日即为公司成立之日。所以有限责任公司的设立过程即是设立条件的准备过程。

1、有限责任公司设立的实质要件。《公司法》第 23 条规定，设立有限责任公司，应当具备下列条件：股东符合法定人数；股东出资达到法定资本最低限额；股东共同制定公司章程；有公司名称，建立符合有限责任公司要求的组织机构；有公司住所。

（1）股东的人数与资格。《公司法》第 24 条规定，有限责任公司由 50 个以下股东出资设立。这就表明设立有限责任公司，股东人数最多不能多于 50 人，最少可以为 1 人。

（2）公司的资本要求。有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额。法律、行政法规以及国务院决定对有限责任公司注册资本实缴、注册资本最低限额另有规定的，从其规定（第 26 条）。股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资；但是，法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外。对作为出资的非货币财产应当评估作价，核实财产，不得高估或者低估作价。法律、行政法规对评估作价有规定的，从其规定（第 27 条）。股东应当按期足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额。股东以货币出资的，应当将货币出资足额存入有限责任公司在银行开设的账户；以非货币财产出资的，应当依法办理其财产权的转移手续。股东不按照前款规定缴纳出资的，除应当向公司足额缴纳外，还应当向已按期足额缴纳出资的股东承担违约责任（第 28 条）。

（3）公司的章程。公司的章程是指公司所必备的，规定其名称、宗旨、资本、组织机构等对内对外事务的基本法律文件。有限责任公司的章程必须采用书面形式，经全体股东同意并在章程上签名盖章才能生效。有限责任公司章程应当载明下列事项：公司名称和住所；公司经营范围；公司注册资本；股东的姓名或者名称；股东的出资方式、出资额和出资时间；公司的机构及其产生办法、职权、议事规则；公司法定代表人；股东会会议认为需要规定的其他事项。股东应当在公司章程上签名、盖章（第 25 条）。公司的章程不仅对公司、股东具有效力，对于公司的董事、监事、高级管理人员均有效力（第 11 条）。公司章程的修改必须由董事会或者执行董事提出修改的提议，然后将修改章程的提议通知股东，最后由股东会表决通过。中国公司法规定，有限责任公司章程的修改必须经代表三分之二以上表决权的股东通过（第 43 条）。

（4）公司的名称。公司的名称是公司法人人格特定化的标志，同时又是公司商业信誉的维系和表彰。公司的名称由行政区划、字号、行业或者经营特征以及组织形式 4 个部分构成。公司准备在哪一级工商行政机关注册就必须冠以哪一级的行政区划；公司的字号由两个以上的汉字或者少数民族文字组成；公司应当根据其主营业务，依照国家行业分类标准划分的类别，在企业名称中标明所属行业或者经营特点；最后必须在名称中标明公司为有限责任公司（第 8 条）。公司的名称还必须进行预先核准，设立有限责任公司，应当由全体发起人指定的代理人向公司登记机关申请名称预先核准，如果符合条件，由工商行政管理机关核发

《企业名称预先核准通知书》，预先核准的公司名称保留期为 6 个月，在此保留期内，公司名称不能被用于从事经营活动，也不得进行有偿转让。

（5）公司的住所。公司的住所具有重要的法律意义，确立了公司的住所可以据以确定诉讼管辖及诉讼文书的送达；可以据以确定登记、税收及其他管理关系；可以据以确定合同的履行地；可以据以确定准据法的适用。中国公司法以公司主要办事机构所在地为公司住所（第 10 条）。

2、有限责任公司设立的程序要件。设立有限责任公司，在股东的首次出资经依法设立的验资机构验资后，由全体股东指定的代表或者共同委托的代理人向公司登记机关报送公司登记申请书、公司章程、验资证明等文件，申请设立登记。

（三）有限责任公司的组织机构

根据中国公司法的规定，中国的公司治理结构采用“二元制”的设置，即一般的有限责任公司设置股东会、董事会和监事会，公司规模较小以及股东人数较少的公司可以不设董事会和监事会，只设执行董事和监事。

1、有限责任公司的股东会

（1）股东会的组成、性质与职权。有限责任公司股东会由全体股东组成。股东会是公司的权力机构，依照本法行使职权（第 36 条）。股东会行使下列职权：决定公司的经营方针和投资计划；选举和更换非由职工代表担任的董事、监事，决定有关董事、监事的报酬事项；审议批准董事会的报告；审议批准监事会或者监事的报告；审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案；审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案；对公司增加或者减少注册资本作出决议；对发行公司债券作出决议；对公司合并、分立、解散、清算或者变更公司形式作出决议；修改公司章程；公司章程规定的其他职权（第 37 条）。

（2）股东会的议事规则。有限责任公司股东会的权力的行使和决议的形成方式就是召开会议，股东会会议分为定期会议和临时会议（第 39 条第 1 款）。公司法规定，定期会议应当依照公司章程的规定按时召开。代表十分之一以上表决权的股东，三分之一以上的董事，监事会或者不设监事会的公司的监事提议召开临时会议的，应当召开临时会议（第 39 条第 2 款）。会议可以具体召开，如果针对会议内容，股东以书面形式一致表示同意的，可以不召开股东会会议，直接作出决定，并由全体股东在决定文件上签名、盖章。首次股东会会议由出资最多的股东召集和主持（第 38 条）。以后的股东会，有限责任公司设立董事会的，股东会会议由董事会召集，董事长主持；董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长主持；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举一名董事

主持。有限责任公司不设董事会的，股东会会议由执行董事召集和主持。董事会或者执行董事不能履行或者不履行召集股东会会议职责的，由监事会或者不设监事会的公司的监事召集和主持；监事会或者监事不召集和主持的，代表十分之一以上表决权的股东可以自行召集和主持（第 40 条）。召开股东会会议，应当于会议召开 15 日前通知全体股东；但是，公司章程另有规定或者全体股东另有约定的除外。股东会应当对所议事项的决定作成会议记录，出席会议的股东应当在会议记录上签名（第 41 条）。

（3）股东会的表决方式。股东会对所议事项的表决采用“资本多数决”的方式，有限责任公司股东会的决议分为普通决议和特别决议。股东会会议由股东按照出资比例行使表决权；但是，公司章程另有规定的除外（第 42 条）。股东会的议事方式和表决程序，除本法有规定的外，由公司章程规定。股东会会议作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，必须经代表三分之二以上表决权的股东通过（第 43 条）。

2、有限责任公司的董事会

（1）董事会的组成、性质与职权。有限责任公司的董事会是公司的日常经营决策及业务执行机构，董事会董事成员为 3 人至 13 人，董事会设董事长 1 人，可以设副董事长。董事长、副董事长的产生办法由公司章程规定（第 44 条）。董事任期由公司章程规定，但每届任期不得超过 3 年。董事任期届满，连选可以连任。董事任期届满未及时改选，或者董事在任期内辞职导致董事会成员低于法定人数的，在改选出的董事就任前，原董事仍应当依照法律、行政法规和公司章程的规定，履行董事职务（第 45 条）。董事会对股东会负责，行使下列职权：召集股东会会议，并向股东会报告工作；执行股东会的决议；决定公司的经营计划和投资方案；制订公司的年度财务预算方案、决算方案；制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案；制订公司增加或者减少注册资本以及发行公司债券的方案；制订公司合并、分立、解散或者变更公司形式的方案；决定公司内部管理机构的设置；决定聘任或者解聘公司经理及其报酬事项，并根据经理的提名决定聘任或者解聘公司副经理、财务负责人及其报酬事项；制定公司的基本管理制度；公司章程规定的其他职权（第 46 条）。

（2）董事会的议事规则与表决方式。有限责任公司董事会的议事规则就是召开会议，董事会会议由董事长召集和主持；董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长召集和主持；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举一名董事召集和主持（第 47 条）。董事会决议的表决，实行一人一票（第 48 条第 3 款）。董事会的表决

方式，除公司法有规定的外，由公司章程规定（第 48 条第 1 款）。董事会应当对所议事项的决定作成会议记录，出席会议的董事应当在会议记录上签名（第 48 条第 2 款）。

3、有限责任公司的监事会

（1）监事会的组成、性质与职权。监事会是规模较大的有限责任公司的最高监督机构，监事会是公司的常设机构，对股东会负责并向其报告工作。有限责任公司设监事会，其成员不得少于 3 人。股东人数较少或者规模较小的有限责任公司，可以设 1 至 2 名监事，不设监事会（第 51 条第 1 款）。监事会应当包括股东代表和适当比例的公司职工代表，其中职工代表的比例不得低于三分之一，具体比例由公司章程规定。监事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生（第 51 条第 2 款）。监事会设主席 1 人，由全体监事过半数选举产生（第 51 条第 3 款）。董事、高级管理人员不得兼任监事（第 51 条第 4 款）。监事的任期每届为 3 年。监事任期届满，连选可以连任。监事任期届满未及时改选，或者监事在任期内辞职导致监事会成员低于法定人数的，在改选出的监事就任前，原监事仍应当依照法律、行政法规和公司章程的规定，履行监事职务（第 52 条）。监事会、不设监事会的公司的监事行使下列职权：检查公司财务；对董事、高级管理人员执行公司职务的行为进行监督，对违反法律、行政法规、公司章程或者股东会决议的董事、高级管理人员提出罢免的建议；当董事、高级管理人员的行为损害公司的利益时，要求董事、高级管理人员予以纠正；提议召开临时股东会会议，在董事会不履行公司法规定的召集和主持股东会会议职责时召集和主持股东会会议；向股东会会议提出提案；依照《公司法》第 152 条的规定，对董事、高级管理人员提起诉讼；公司章程规定的其他职权（第 53 条）。监事可以列席董事会会议，并对董事会决议事项提出质询或者建议。监事会、不设监事会的公司的监事发现公司经营情况异常，可以进行调查；必要时，可以聘请会计师事务所等协助其工作，费用由公司承担（第 54 条）。

（2）监事会的议事规则与表决方式。有限责任公司监事会的议事规则就是召开会议，监事会每年度至少召开 1 次会议，监事可以提议召开临时监事会会议（第 55 条第 1 款）。监事会主席召集和主持监事会会议；监事会主席不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上监事共同推举 1 名监事召集和主持监事会会议（第 51 条第 3 款）。监事会决议应当经半数以上监事通过（第 55 条第 3 款）。监事会应当对所议事项的决定作成会议记录，出席会议的监事应当在会议记录上签名（第 55 条第 4 款）。

4、有限责任公司董事、监事、高级管理人员的任职资格限制及义务

（1）有限责任公司董事、监事、高级管理人员的任职资格限制。公司法规定，有下列情形之一的，不得担任公司的董事、监事、高级管理人员：无民事行为能力或者限制民事行为能力；因贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序，被判处刑罚，执行期满未逾 5 年，或者因犯罪被剥夺政治权利，执行期满未逾 5 年；担任破产清算的公司、企业的董事或者厂长、经理，对该公司、企业的破产负有个人责任的，自该公司、企业破产清算完结之日起未逾 3 年；担任因违法被吊销营业执照、责令关闭的公司、企业的法定代表人，并负有个人责任的，自该公司、企业被吊销营业执照之日起未逾 3 年；个人所负数额较大的债务到期未清偿（第 146 条）。

（2）有限责任公司董事、监事、高级管理人员的义务。公司法规定，董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负有忠实义务和勤勉义务，不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入，不得侵占公司的财产（第 147 条）。董事、高级管理人员不得有下列行为：挪用公司资金；将公司资金以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储；违反公司章程的规定，未经股东会、股东大会或者董事会同意，将公司资金借贷给他人或者以公司财产为他人提供担保；违反公司章程的规定或者未经股东会、股东大会同意，与本公司订立合同或者进行交易；未经股东会或者股东大会同意，利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会，自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务；接受他人与公司交易的佣金归为己有；擅自披露公司秘密；违反对公司忠实义务的其他行为。董事、高级管理人员违反前款规定所得的收入应当归公司所有（第 148 条）。董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任（第 149 条）。

三、股份有限公司

（一）股份有限公司的概念与特征

1、股份有限公司的概念。股份有限公司是指其全部的资本分为等额的股份，股东以其持有的股份为限对公司承担责任，公司以其全部资产对公司的债务承担责任的企业法人。

2、股份有限公司的特征

（1）股份公司的资本股份化、证券化。股份公司全部的资本分成等额的股份，股份成为股份公司最基本的资本单位，股东在主张权利时，往往本着“一股一权、同股同权”的原

则。股份的数额代表着股东拥有股权的大小，股东持有的股份多就意味着享受的权利与承担的义务就多，反之亦然。股份所对应的证明文件就是股票，证明了股份公司资本的证券化。

（2）股东承担有限责任。股份有限公司的股东以其持有的股份为限对公司的债务承担有限责任，这与有限责任公司股东承担责任的本质上一样的。

（3）公司股份的发行与转让较为公开和自由。股份有限公司可以采用募集设立的方式，所以可以通过公开发行股票向社会公众募集资本，在公司成立之后，股份的转让也较为自由，法律很少限制，如果成为上市公司，股票可以在证券交易所进行多对多的集中竞价交易。股份公司股份发行与转让较为公开和自由的这一特征促进了中国资本市场的形成与发展。

（4）公司的经营具有公开性。股份有限公司股份的公开发行与转让的特征使得公司的股东人数众多且不确定，这就使得公司必须将公司的经营状况与财务状况进行公开，让公司的股东以及有可能成为公司股东的社会公众了解公司的真实状况。公司法要求股份公司特别是上市公司建立并严格执行信息披露制度。

（二）股份有限公司的设立

与有限责任公司相同，大部分的股份有限公司的市场准入制度也采用准则主义，所以股份有限公司的设立过程即是设立条件的准备过程。

1、股份有限公司的设立方式。股份有限公司的设立，可以采取发起设立或者募集设立的方式。发起设立，是指由发起人认购公司应发行的全部股份而设立公司。募集设立，是指由发起人认购公司应发行股份的一部分，其余股份向社会公开募集或者向特定对象募集而设立公司（第 77 条）。

2、股份有限公司设立的实质要件。中国《公司法》第 76 条规定，设立股份有限公司，应当具备下列条件：发起人符合法定人数；有符合公司章程规定的全体发起人认购的股本总额或者募集的实收股本总额；股份发行、筹办事项符合法律规定；发起人制订公司章程，采用募集方式设立的经创立大会通过；有公司名称，建立符合股份有限公司要求的组织机构；有公司住所。

（1）股东的人数与资格。《公司法》第 78 条规定，设立股份有限公司，应当有 2 人以上 200 人以下的发起人，其中须有半数以上的发起人在中国境内有住所。公司的发起人是指具有创办公司的共同意思，认购股份，承担公司筹办事务并签章于公司章程上的人。股份公司的发起人规定了下限，这就证明了中国不允许一人股份公司的存在，发起人须有半数以上在中国境内有住所，这主要是基于对公司筹办工作以及公司设立责任承担的考虑而作出的规

定。除了以上的要求，法律还要求这些股东必须具有完全民事行为能力，且不能是国家法律或者行政法规禁止从事营利性活动的人，例如公务员等。

（2）公司的资本要求。股份有限公司采取发起设立方式设立的，注册资本为在公司登记机关登记的全体发起人认购的股本总额。在发起人认购的股份缴足前，不得向他人募集股份。股份有限公司采取募集方式设立的，注册资本为在公司登记机关登记的实收股本总额。法律、行政法规以及国务院决定对股份有限公司注册资本实缴、注册资本最低限额另有规定的，从其规定（第 80 条）。股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资。但是，法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外。对作为出资的非货币财产应当评估作价，核实财产，不得高估或者低估作价。法律、行政法规对评估作价有规定的，从其规定（第 27 条）。以发起设立方式设立股份有限公司的，发起人应当书面认足公司章程规定其认购的股份，并按照公司章程规定缴纳出资。以非货币财产出资的，应当依法办理其财产权的转移手续。发起人不依照前款规定缴纳出资的，应当按照发起人协议承担违约责任。发起人认足公司章程规定的出资后，应当选举董事会和监事会，由董事会向公司登记机关报送公司章程以及法律、行政法规规定的其他文件，申请设立登记（第 83 条）。以募集设立方式设立股份有限公司的，发起人认购的股份不得少于公司股份总数的百分之 35；但是，法律、行政法规另有规定的，从其规定（第 84 条）。

（3）公司的章程。股份公司的设立方式有发起设立和募集设立两种，所以章程的制定方式也不相同，在股份公司发起设立时，公司由发起人共同制订并签署即可，在募集设立时，应该由公司发起人先行制订公司章程，在募集的股款缴足后举行的公司创立大会上，公司经出席大会的发起人和认股人所持表决权的半数以上通过才可以。股份有限公司章程应当载明下列事项：公司名称和住所；公司经营范围；公司设立方式；公司股份总数、每股金额和注册资本；发起人的姓名或者名称、认购的股份数、出资方式和出资时间；董事会的组成、职权和议事规则；公司法定代表人；监事会的组成、职权和议事规则；公司利润分配办法；公司的解散事由与清算办法；公司的通知和公告办法；股东大会会议认为需要规定的其他事项（第 81 条）。

（4）公司的名称。

（5）公司的住所。

3、股份有限公司设立的程序要件。股份有限公司因为公司设立的方式不同会决定公司设立的程序不同。

（1）以发起设立方式设立股份公司的程序。第一，制定公司章程。公司章程应由全体发起人共同制定，为公司的设立提供基本的行为规范。第二，认足首期股份。公司首期发行的法定股份，必须由发起人全部认购，不得向社会公开募集。第三，缴纳相应股款。第四，组建管理机关。由发起人选任董事、监事等，建立公司的管理机关。第五，进行设立登记。由选举产生的公司管理机关依法向主管机关申请设立登记，办理登记注册手续。经主管机关核准登记注册，依法取得营业执照后，公司即为设立。

（2）以募集设立方式设立股份公司的程序。第一，发起人认购股份。以募集设立方式设立股份有限公司的，发起人认购的股份不得少于公司股份总数的百分之 35；但是，法律、行政法规另有规定的，从其规定（第 84 条）。第二，公告招股说明书，制作认股书。发起人向社会公开募集股份，必须公告招股说明书，并制作认股书（第 85 条）。招股说明书应当附有发起人制订的公司章程，并载明下列事项：发起人认购的股份数；每股的票面金额和发行价格；无记名股票的发行总数；募集资金的用途；认股人的权利、义务；本次募股的起止期限及逾期未募足时认股人可以撤回所认股份的说明（第 86 条）。认股书除了载明以上所列事项，由认股人填写认购股数、金额、住所，并签名、盖章。认股人按照所认购股数缴纳股款。认股人应按照所认购股份数缴纳股款（第 85 条）。第三，签订承销协议和代收股款协议。发起人向社会公开募集股份，应当由依法设立的证券公司承销，签订承销协议（第 87 条）。同时，应当同银行签订代收股款协议。代收股款的银行应当按照协议代收和保存股款，向缴纳股款的认股人出具收款单据，并负有向有关部门出具收款证明的义务（第 88 条）。第四，召开创立大会。发行股份的股款缴足后，必须经依法设立的验资机构验资并出具证明。发起人应当自股款缴足之日起 30 日内主持召开公司创立大会（第 89 条）。第五，设立登记并公告。董事会应于创立大会结束后 30 日内，向公司登记机关报送相关文件，申请设立登记（第 92 条）。

（三）股份有限公司的组织机构

1、股份有限公司的股东大会

（1）股东大会的组成、性质与职权。股份有限公司股东大会由全体股东组成。股东大会是公司的权力机构，依照本法行使职权（第 98 条）。股东会行使下列职权：决定公司的经营方针和投资计划；选举和更换非由职工代表担任的董事、监事，决定有关董事、监事的报酬事项；审议批准董事会的报告；审议批准监事会或者监事的报告；审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案；审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案；对公司增加或者减少注册资本作出决议；对发行公司债券作出决议；对公司合并、分立、解散、清算或者变

更公司形式作出决议；修改公司章程；公司章程规定的其他职权（第 99 条、第 38 条第 1 款）。

（2）股东大会的议事规则。股份有限公司股东大会的权力的行使和决议的形成方式就是召开会议，其会议分为股东大会常会与股东大会临时会议两种。股东大会应当每年召开一次年会。有下列情形之一的，应当在两个月内召开临时股东大会：董事人数不足本法规定人数或者公司章程所定人数的三分之二时；公司未弥补的亏损达实收股本总额三分之一时；单独或者合计持有公司百分之十以上股份的股东请求时；董事会认为必要时；监事会提议召开时；公司章程规定的其他情形（第 100 条）。股东大会会议由董事会召集，董事长主持；董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长主持；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举一名董事主持。董事会不能履行或者不履行召集股东大会会议职责的，监事会应当及时召集和主持；监事会不召集和主持的，连续 90 日以上单独或者合计持有公司百分之十以上股份的股东可以自行召集和主持（第 101 条）。召开股东大会会议，应当将会议召开的时间、地点和审议的事项于会议召开 20 日前通知各股东；临时股东大会应当于会议召开 15 日前通知各股东；发行无记名股票的，应当于会议召开 30 日前公告会议召开的时间、地点和审议事项（第 102 条第 1 款）。

（3）股东大会的表决方式。股东大会对所议事项的表决采用“资本多数决”的方式，股份有限公司股东大会的决议分为普通决议和特别决议。股东出席股东大会会议，所持每一股份有一表决权。但是，公司持有的本公司股份没有表决权。股东大会作出决议，必须经出席会议的股东所持表决权过半数通过。但是，股东大会作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，必须经出席会议的股东所持表决权的三分之二以上通过（第 103 条）。股东大会应当对所议事项的决定作成会议记录，主持人、出席会议的董事应当在会议记录上签名。会议记录应当与出席股东的签名册及代理出席的委托书一并保存（第 107 条）。

2、股份有限公司的董事会

（1）董事会的组成、性质与职权。股份有限公司的董事会是公司的日常经营决策及业务执行机构，其成员为 5 人至 19 人（第 108 条第 1 款），股东大会选举董事、监事，可以依照公司章程的规定或者股东大会的决议，实行累积投票制。公司法所称累积投票制，是指股东大会选举董事或者监事时，每一股份拥有与应选董事或者监事人数相同的表决权，股东拥有的表决权可以集中使用。董事会成员中可以有公司职工代表。董事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生（第 108 条第 2 款）。董事

会设董事长一人，可以设副董事长。董事长和副董事长由董事会以全体董事的过半数选举产生（第 109 条第 1 款）。董事任期由公司章程规定，但每届任期不得超过三年。董事任期届满，连选可以连任。董事任期届满未及时改选，或者董事在任期内辞职导致董事会成员低于法定人数的，在改选出的董事就任前，原董事仍应当依照法律、行政法规和公司章程的规定，履行董事职务。董事会对股东会负责，行使下列职权：召集股东会会议，并向股东会报告工作；执行股东会的决议；决定公司的经营计划和投资方案；制订公司的年度财务预算方案、决算方案；制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案；制订公司增加或者减少注册资本以及发行公司债券的方案；制订公司合并、分立、解散或者变更公司形式的方案；决定公司内部管理机构的设置；决定聘任或者解聘公司经理及其报酬事项，并根据经理的提名决定聘任或者解聘公司副经理、财务负责人及其报酬事项；制定公司的基本管理制度；公司章程规定的其他职权（第 108 条第 4 款、第 47 条）。

（2）董事会的议事规则与表决方式。董事长召集和主持董事会会议，检查董事会决议的实施情况。副董事长协助董事长工作，董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长履行职务；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举一名董事履行职务（第 109 条第 2 款）。董事会每年度至少召开两次会议，每次会议应当于会议召开 10 日前通知全体董事和监事。代表十分之一以上表决权的股东、三分之一以上董事或者监事会，可以提议召开董事会临时会议。董事长应当自接到提议后 10 日内，召集和主持董事会会议。董事会召开临时会议，可以另定召集董事会的通知方式和通知时限（第 110 条）。董事会会议应有过半数的董事出席方可举行。董事会作出决议，必须经全体董事的过半数通过。

董事会决议的表决，实行一人一票（第 111 条）。董事会会议，应由董事本人出席；董事因故不能出席，可以书面委托其他董事代为出席，委托书中应载明授权范围。董事会应当对会议所议事项的决定作成会议记录，出席会议的董事应当在会议记录上签名。董事应当对董事会的决议承担责任。董事会的决议违反法律、行政法规或者公司章程、股东大会决议，致使公司遭受严重损失的，参与决议的董事对公司负赔偿责任。但经证明在表决时曾表明异议并记载于会议记录的，该董事可以免除责任（第 112 条）。

3、股份有限公司的监事会

（1）监事会的组成、性质与职权。监事会股份有限公司的最高监督机构，监事会是公司的常设机构，对股东大会负责并向其报告工作。股份有限公司设监事会，其成员不得少于 3 人。监事会应当包括股东代表和适当比例的公司职工代表，其中职工代表的比例不得低于

三分之一，具体比例由公司章程规定。监事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。监事会设主席 1 人，可以设副主席。监事会主席和副主席由全体监事过半数选举产生。董事、高级管理人员不得兼任监事（第 117 条）。监事会、不设监事会的公司的监事行使下列职权：检查公司财务；对董事、高级管理人员执行公司职务的行为进行监督，对违反法律、行政法规、公司章程或者股东会决议的董事、高级管理人员提出罢免的建议；当董事、高级管理人员的行为损害公司的利益时，要求董事、高级管理人员予以纠正；提议召开临时股东会会议，在董事会不履行公司法规定的召集和主持股东会会议职责时召集和主持股东会会议；向股东会会议提出提案；依照《公司法》第 152 条的规定，对董事、高级管理人员提起诉讼；公司章程规定的其他职权（第 117 条第 4 款、第 53 条）。监事可以列席董事会会议，并对董事会决议事项提出质询或者建议。监事会、不设监事会的公司的监事发现公司经营情况异常，可以进行调查；必要时，可以聘请会计师事务所等协助其工作，费用由公司承担（第 118 条第 1 款、第 54 条、第 118 条第 2 款）。

（2）监事会的议事规则与表决方式。有限责任公司监事会的议事规则就是召开会议，监事会每年度至少召开一次会议，监事可以提议召开临时监事会会议（第 118 条第 1 款、第 55 条第 1 款）。监事会主席召集和主持监事会会议；监事会主席不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上监事共同推举 1 名监事召集和主持监事会会议（第 117 条第 2 款）。监事会决议应当经半数以上监事通过（第 118 条第 1 款、第 55 条第 3 款）。监事会应当对所议事项的决定作成会议记录，出席会议的监事应当在会议记录上签名（第 118 条第 1 款、第 55 条第 4 款）。

（四）上市公司

上市公司，是指其股票在证券交易所上市交易的股份有限公司（第 120 条）。上市公司在 1 年内购买、出售重大资产或者担保金额超过公司资产总额百分之 30 的，应当由股东大会作出决议，并经出席会议的股东所持表决权的三分之二以上通过（第 121 条）。上市公司设立独立董事，具体办法由国务院规定（第 122 条）。上市公司设董事会秘书，负责公司股东大会和董事会会议的筹备、文件保管以及公司股东资料的管理，办理信息披露事务等事宜（第 123 条）。上市公司董事与董事会会议决议事项所涉及的企业有关联关系的，不得对该项决议行使表决权，也不得代理其他董事行使表决权。该董事会会议由过半数的无关联关系董事出席即可举行，董事会会议所作决议须经无关联关系董事过半数通过。出席董事会的无关联关系董事人数不足 3 人的，应将该事项提交上市公司股东大会审议（第 124 条）。

第二节　企业法律制度

一、概述

(一)企业的概念

企业是指依法设立的以营利为目的、从事商品生产经营和服务活动的独立核算的经济组织。它有以下特征：

(1)企业是社会经济组织。企业作为一种社会组织，由多人组成，有自己的机构与工作程序。企业作为一种社会经济组织，表明其主要从事经济活动，并有相应的财产。因此，企业是一定人员和一定财产的组合。

(2)企业是以营利为目的从事生产经营活动的社会经济组织。企业是从事生产经营活动的社会组织，所谓生产经营活动是指创造社会财富的活动，包括生产、交易、服务等。企业从事生产经营活动是以营利为目的，是为了赚取利润。

(3)企业是实行独立核算的社会经济组织。实行独立核算，即要在银行单独开设账户；独立建立账簿，编制财务会计报表；独立计算盈亏。

(4)企业是依法设立的社会经济组织。企业依法设立，即是合法的组织，受到国家法律的认可和保护。

(二)企业的分类

依据不同的标准，可将企业分为不同的类型：

(1)按企业财产所有制不同，可将企业分为全民所有制企业、集体所有制企业、私营企业、混合所有制企业等。

(2)按企业的所属行业，可将企业分为工业企业、农业企业、商业企业、金融企业、建筑企业、服务性企业等。

(3)按企业的组织形式，可将企业分为独资企业、合伙企业、公司企业等。

(4)按出资者的不同，可将企业分为内资企业、外资企业、中外合资经营企业、中外合作经营企业等。

(5)按企业的法律地位，可将企业分为法人企业和非法人企业。法人企业主要有公司制企业、非公司制企业；非法人企业主要有个人独资企业、合伙企业等。

除上述分类外，企业还可依据其他标准进行分类，如：按企业规模大小的不同，可将企业分为大型企业、中型企业和小型企业；按企业的行政隶属关系的不同，可将企业分为中央企业、地方企业、乡镇企业等。

（三）企业法律制度

企业法律制度是指关于企业设立、企业组织、企业运行和对企业实施管理的各种法律规范的总称。中国有关企业的法律、法规主要有《中华人民共和国全民所有制工业企业法》(以下简称《全民所有制工业企业法》)、《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国合伙企业法》(以下简称《合伙企业法》)、《中华人民共和国个人独资企业法》(以下简称《个人独资企业法》)、《中华人民共和国乡镇企业法》、《中华人民共和国中外合资经营企业法》、《中华人民共和国中外合作经营企业法》、《中华人民共和国外资企业法》、《中华人民共和国乡村集体所有制企业条例》、《中华人民共和国城镇集体所有制企业条例》、《中华人民共和国私营企业暂行条例》、《中华人民共和国企业破产法》、《中华人民共和国国有企业监事会暂行条例》等。这些法律、法规针对中国企业的经济性质、法律地位、设立条件、组织机构、活动要求等分别作出了规定。

二、全民所有制工业企业法律制度

（一）全民所有制工业企业的概念

全民所有制工业企业，即国有工业企业，是指以生产资料的全民所有制为基础的，从事工业生产经营活动的，依法自主经营、自负盈亏、独立核算的商品生产和经营单位。全民所有制工业企业的财产属于全民所有，国家依照所有权和经营权分离的原则授权企业经营管理。企业对国家授予其经营管理的财产享有占有、使用、依法处分的权利。全民所有制工业企业依法取得法人资格，以国家授予其经营管理的财产承担民事责任。

（二）全民所有制企业的性质和地位

1、企业财产归全民所有。

2、经济上是自主经营、自负盈亏、独立核算的商品生产和经营单位。

3、法律上具有法人主体资格，对所经营管理财产享有经济权利，独立承担民事责任。

（三）全民所有制工业企业法的概念

全民所有制工业企业法是调整国家在管理国有工业企业以及国有工业企业在生产经营活动中所发生的各种经济关系的法律规范的总称。目前，中国调整全民所有制工业企业经济关

系的主要法律规范是：1988 年 4 月 13 日第 7 届全国人民代表大会第 1 次会议通过、同年 8 月 1 日起施行的《全民所有制工业企业法》，1992 年 7 月 23 日国务院发布、同日施行的《全民所有制工业企业转换经营机制条例》(以下简称《转换经营机制条例》)等。其中《全民所有制工业企业法》是有关全民所有制工业企业的一部基本法律，除了适用全民所有制工业企业外，其原则也适用于全民所有制交通运输、邮电、地质勘探、建筑安装、商业、外贸、物资、农业、水利、科技等企业。

（四）全民所有制工业企业的设立、变更和终止

1、全民所有制工业企业设立的条件

全民所有制工业企业的设立，是指依法组建全民所有制工业企业并使之成为企业法人的活动。

根据《全民所有制工业企业法》的规定，申请设立全民所有制工业企业，必须具备以下条件：（1）产品为社会所需要；（2）有能源、原材料、交通运输的必要条件；（3）有自己的名称和生产经营场所；（4）有符合国家规定的资金；（5）有自己的组织机构；（6）有明确的经营范围；（7）法律、法规规定的其他条件。

2、全民所有制工业企业设立的程序

设立全民所有制工业企业必须经过以下程序：

（1）依照法律和国务院规定，报请政府或者政府主管部门审核批准。

（2）办理工商登记。工商登记是企业取得合法地位的一种法律行为，企业只有在国家工商行政管理机关依法核准登记，并领取营业执照后，才能正式成立。

根据《企业法人登记管理条例》的规定，企业登记主管机关是国家工商行政管理总局和地方各级工商行政管理局。企业办理开业登记，应当在审批机关批准后 30 日内，向登记主管机关提出申请。经登记主管机关审核决定予以登记注册的，领取《企业法人营业执照》，企业即告成立。企业成立后，企业法人凭据其营业执照可以刻制公章、开设银行账户、签订合同、在核准登记的范围内从事生产经营活动。

3、全民所有制工业企业的变更

全民所有制工业企业的变更，是指全民所有制工业企业的合并、分立以及其他事项的变更。根据《全民所有制工业企业法》及有关法律、法规的规定，全民所有制工业企业依法可以作出变更。

全民所有制工业企业变更的形式

（1）合并。合并是指两个或两个以上的企业依照法律、法规的规定程序变为一个企业的行为。企业合并有两种形式：（1）吸收合并。即接纳一个或一个以上的企业加入本企业，接纳方存续，加入方解散并取消原法人资格；（2）新设合并。即两个或两个以上的企业合并成为一个新企业，合并各方解散并取消原法人资格。

（2）分立。分立是指一个企业依法分为两个或两个以上的企业的行为。企业分立也有两种形式：（1）派生分立。即企业以一部分财产和业务另设一个新企业，原企业存续；（2）新设分立。即企业以全部财产和业务新设两个或两个以上企业，原企业解散并取消法人资格。

（3）其他事项的变更。其他事项的变更是指企业在国家工商行政管理机关已登记的其他事项的变更，包括改变企业名称、住所、经营场所、法定代表人、经济性质、经营范围、经营方式、注册资本、经营期限以及增设或者撤销分支机构等事项。如根据《企业法人登记管理条例施行细则》的规定，当企业法人实有资金比原注册资金数额增加或者减少超过20%时，应向原登记主管机关申请变更登记。

全民所有制工业企业变更的程序

（1）报经有关部门批准。根据《企业法人登记管理条例》的规定，企业办理变更登记前须报经政府主管部门或原审批机关批准。其中企业合并或分立的，必须就财产、债权债务等事项由合并或分立各方达成协议。

（2）办理变更登记手续。根据《企业法人登记管理条例》的规定，企业要求变更的，应在有关部门批准后30日内，向工商行政管理机关申请变更登记。办理变更登记时，应提交由其法定代表人签署的变更登记申请书、批准文件等有关文件、资料。因合并和分立致使原企业终止的，还应申请办理注销登记。

（3）公告。企业办理完变更登记事项后，应及时将变更情况予以公告。

3、全民所有制工业企业的终止

全民所有制工业企业的终止是指该企业法人资格的撤销，企业丧失权利能力和行为能力，不能再从事生产经营活动。企业终止时，必须保护其财产，依法清理债权、债务。

全民所有制工业企业终止的原因

根据《全民所有制工业企业法》的规定，全民所有制工业企业终止有以下原因：

（1）违反法律、法规被责令撤销。企业应依照法律、法规的规定从事生产经营活动，如违反法律、法规的规定，就有可能受到行政处罚，直至被撤销。全民所有制企业是国家兴办的企业，其权利和义务都是由国家法律规定的，更应遵守国家法律、法规的规定。违反法

律、法规被责令撤销的前提是企业有违法活动，如违反工商行政管理规定、搞非法经营活动，违反环保规定、造成环境污染等。有权决定撤销全民所有制工业企业的是政府及政府有关部门，其他非授权单位均无权撤销全民所有制工业企业。

（2）政府主管部门依照法律、法规的规定决定解散。企业的解散应由企业的投资人决定，其解散的原因一般有以下几种：（1）企业存续期届满；（2）企业设立的宗旨已经实现或者企业经营的业务已经完成；（3）企业章程规定的其他解散事由已出现；（4）企业因合并或分立需要解散；（5）企业的投资人决定解散。

（3）依法被宣告破产。企业因经营管理不善造成严重亏损，不能清偿到期债务，经人民法院审理决定，可以依法宣告企业破产。企业一经被宣告破产即告终止。

（4）其他原因。这是指上述 3 种原因之外的，由法律、法规规定的企业终止的原因，以及企业章程、协议规定的其他终止原因。

全民所有制工业企业终止的程序

（1）作出企业终止的正式决定或裁定。全民所有制工业企业终止时，必须依法作出正式的决定或裁定，这种决定或由企业作出，或由人民政府的企业主管部门、工商行政管理部门作出。企业破产裁定由人民法院作出。

（2）成立清算组，对企业财产进行清算。全民所有制工业企业终止时，必须成立清算组，对企业财产进行清算。终止的原因不同，清算组的组成便不同。企业被政府主管部门决定解散的，由政府主管部门指定成立的清算组，进行清算。企业被撤销、被宣告破产的，由政府主管部门或人民法院依法组织有关部门和有关人员组成清算组，进行清算。清算的主要内容包括两个方面：一是查清企业的财产，核实债权、债务，并登记造册；二是收回债权，清偿债务，依法处理剩余财产。

（3）办理注销登记。企业终止时，应持法定代表人签署的申请注销登记报告、审批机关的批准文件、清理债权债务的有关文件，到工商行政管理部门办理注销登记。经核准后，收缴《企业法人营业执照》及其副本，收缴公章，并将注销登记情况告知其开户银行。企业终止时还应向国家资产管理部门办理产权注销登记。

（4）公告。企业办理完注销登记及相关事项后，应及时将终止情况予以公告。

（三）全民所有制工业企业的权利和义务

根据《全民所有制工业企业法》、《转换经营机制条例》和《禁止向企业摊派暂行条例》的规定，全民所有制工业企业的权利主要包括以下内容：生产经营决策权；产品、劳务定价权；产品销售权；物资采购权；进出口权；投资决策权；留用资金支配权；资产处置

权；联营、兼并权；劳动用工权；人事管理权；工资、奖金分配权；内部机构设置权；拒绝摊派权。

根据《全民所有制工业企业法》和《转换经营机制条例》的规定，全民所有制工业企业的义务可以概括为对国家的义务、对社会的义务和对职工的义务 3 个方面。

1、企业对国家的义务

（1）遵守国家的法律、法规，坚持社会主义方向。

（2）完成国家下达的指令性计划。

（3）依法承担自负盈亏的责任。全民所有制工业企业自负盈亏的责任是指企业以国家授予其经营管理的财产承担民事责任；企业厂长(经理)对企业盈亏负有直接的经营责任；职工按照企业内部经济责任制，对企业盈亏也负有相应的责任。

企业发生亏损的情形一般有两种：一是政策性亏损；二是经营性亏损。企业为了实现政府规定的社会公益目标或者生产指令性计划产品，由于定价等原因而形成的亏损属政策性亏损；企业因经营管理不善造成的亏损，为经营性亏损。

企业发生的政策性亏损，由物价部门有计划地调整或者放开产品价格，予以解决；不能调整或放开产品价格的，经财政部门审查核准，给予相应的补贴或者其他方式补偿。企业发生政策性亏损，不追究厂长(经理)个人的责任，也不影响职工工资收入。企业发生经营性亏损，厂长(经理)、其他厂级领导和职工应当根据责任的大小，承担相应的责任。企业一年亏损的，应当适当核减企业工资总额，厂长(经理)、其他厂级领导和直接责任人员不得领取奖金。企业亏损严重的，还应当根据责任大小，相应降低厂长(经理)、其他厂级领导和职工的工资。企业连续两年亏损，且亏损额继续增加的，应当核减企业工资总额，除企业不得发放奖金外，根据责任大小，适当降低厂长(经理)、其他厂级领导和职工的工资；对企业领导班子可以进行必要的调整；对厂级领导可以免职或降级、降职。为了实现自负盈亏责任，企业必须建立分配约束机制和监督机制。分配约束机制的原则是：企业必须坚持工资总额增长幅度低于本企业经济效益增长幅度、职工实际平均工资增长幅度低于本企业劳动生产率增长幅度。企业职工工资总额基数的确定与调整，应当报政府有关部门审核批准。分配监督机制的主要内容是：企业工资调整方案和奖金分配方案，应当提请职工代表大会审查同意；厂长(经理)晋升工资应当报政府有关部门审批；企业工资、奖金的分配应当接受政府有关部门的监督。

（4）确保国有资产的保值增值。企业应建立资产经营责任制，对企业全部法人财产及其净资产承担保值增值的责任。

（5）遵守国家关于财务、劳动工资、物价管理等方面的规定，接受财政、税务、审计、工商等部门的监督。

（6）加强保卫工作，维护生产秩序，保护国家财产。

2、企业对社会的义务：（1）保证产品质量和服务质量，对用户和消费者负责；（2）履行依法订立的合同；（3）防止对环境的污染和破坏。

3、企业对职工的义务：（1）加强职工思想政治教育、法制教育、国防教育、科学文化教育和技术业务培训，提高职工队伍素质；（2）支持和奖励职工进行科学研究、发明创造，开展技术革新、合理化建议和劳动竞赛活动；（3）贯彻安全生产制度，改善劳动条件，做好劳动保护工作，实行安全生产。

（四）全民所有制工业企业的厂长(经理)负责制和职工代表大会制度 1、全民所有制工业企业的厂长(经理)负责制

《全民所有制工业企业法》规定，全民所有制工业企业实行厂长(经理)负责制。厂长(经理)负责制，是全民所有制工业企业的生产经营管理工作由厂长(经理)统一领导和全面负责的一种企业内部领导制度。

1、厂长(经理)的法律地位

《全民所有制工业企业法》规定，企业实行厂长(经理)负责制。厂长(经理)依法行使职权，受法律保护。这一规定的实质是，明确了厂长(经理)在企业的中心地位，厂长(经理)对企业负有全面的责任。

（1）厂长(经理)对内是企业生产经营管理系统的中心。企业的生产经营活动以及其他非经营活动都由厂长(经理)负责。企业的各个部门、各种形式的民主管理组织都要听从厂长(经理)的指挥，或者协助厂长(经理)决定企业的重大问题。

（2）厂长(经理)对外是企业的法定代表人。即厂长(经理)依法代表企业行使权力，进行民事、经济活动，如代表企业对外签订合同、进行诉讼活动等。

2、厂长(经理)的职权

根据《全民所有制工业企业法》的规定，厂长(经理)领导企业的生产经营管理工作，行使以下职权：（1）依照法律和国务院的规定，决定或者报请审查批准企业的各项计划。（2）决定企业行政机构的设置。（3）提请政府主管部门任免或者聘任、解聘副厂级行政领导干部。法律和国务院另有规定的除外。（4）任免或者聘任、解聘企业中层行政领导干部。法律另有规定的除外。（5）提出工资调整方案、奖金分配方案和重要的规章制度，提请职工代表大会审查同意。提出福利基金使用方案和其他有关职工生活福利的重大事项的建

议，提请职工代表大会审议决定。（6）依法奖惩职工；提请政府主管部门奖惩副厂级行政领导干部。

3、厂长(经理)的产生和任免

根据《全民所有制工业企业法》的规定，厂长(经理)的产生，除国务院另有规定外，由政府主管部门根据企业的情况采取下列一种方式：政府主管部门委任或者招聘；企业职工代表大会选举。政府主管部门委任或者招聘的厂长(经理)人选，必须征求职工代表的意见；企业职工代表大会选举的厂长(经理)，必须报政府主管部门批准。政府主管部门委任或者招聘的厂长(经理)，由政府主管部门免职或者解聘，并须征求职工代表的意见；企业职工代表大会选举的厂长(经理)，由职工代表大会罢免，并须报政府主管部门批准。

2、全民所有制工业企业的职工代表大会制度

（1）职工代表大会的性质

根据《全民所有制工业企业法》的规定，职工代表大会是企业实行民主管理的基本形式，是职工行使民主管理权力的机构。这一规定明确了职工代表大会的性质。它不是咨询机构和参谋机构，也不能视为企业的权力机构。

2、职工代表大会的职权

根据《全民所有制工业企业法》的规定，职工代表大会行使以下职权：听取和审议厂长(经理)关于企业的经营方针、长远规划、年度计划、基本建设方案、重大技术改造方案、职工培训计划、留用资金分配和使用方案、承包和租赁经营责任制方案的报告，提出意见和建议。审查同意或者否决企业的工资调整方案、奖金分配方案、劳动保护措施、奖惩办法以及其他重要的规章制度。审议决定职工福利基金使用方案、职工住宅分配方案和其他有关职工生活福利的重大事项。评议、监督企业各级行政领导干部，提出奖惩和任免的建议。根据政府主管部门的决定选举厂长(经理)，报政府主管部门批准。

3、.职工代表大会的组织制度

根据《全民所有制工业企业法》和《全民所有制工业企业职工代表大会条例》的规定，企业职工代表大会的组织制度包括：

（1）职工代表大会的组织机构。职工代表大会的组织机构包括开会期间选出的主席团、工会委员会、专门小组(或专门委员会，下同)。

主席团成员由工人、技术人员、管理人员和企业的领导干部组成。其中工人、技术人员、管理人员应超过半数。主席团只负责主持会议。

工会委员会是职工代表大会的工作机构，负责职工代表大会的日常工作。工会委员会承担的工作主要有：组织职工选举职工代表；提出职工代表大会议题的建议，主持职工代表大会的筹备工作和会议的组织工作；主持职工代表团(组)长、职工代表大会的专门小组负责人联席会议；组织职工代表大会的专门小组进行调查研究，向职工代表大会提出建议，检查、督促大会决议的执行，发动职工落实职工代表大会的决议；向职工进行民主管理的宣传教育，组织职工代表学习政策、业务和管理知识，提高职工代表素质；接受和处理职工代表的申诉和建议，维护职工代表的合法权益；组织企业民主管理的其他工作等。

专门小组由职工代表大会根据需要设立，它可以是临时性的，也可以是经常性的。其成员可以是职工代表，也可以是非职工代表，只要是职工代表大会通过即可。专门小组的主要务是完成职工代表大会交办的有关事项。

（2）职工代表大会的会议制度。职工代表大会至少每半年召开一次。每次会议必须有三分之二以上的职工代表出席。遇有重大事项，经厂长(经理)、工会委员会或三分之一以上的职工代表提议，可以召开临时会议。职工代表大会进行选举或作出决议，必须经全体职工代表过半数通过。职工代表大会在其职权范围内决定的事项，非经职工代表大会同意不得修改。在职工代表大会闭会期间，需要临时解决的重要问题，由企业工会委员会召集职工代表团(组)长和专门小组负责人联席会议，协商处理，并向下一次职工代表大会报告并予以确认。联席会议可以根据会议内容，邀请企业党政负责人或其他有关人员参加。

三、个人独资企业法律制度

（一）个人独资企业的概念、法律特征

个人独资企业是指依照《个人独资企业法》在中国境内设立、由一个自然人投资、财产归投资人个人所有、投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任的经营实体。第 9 届全国人民代表大会常务委员会 11 次会议于 1999 年 8 月 30 日通过、自 2000 年 1 月 1 日起施行的《中华人民共和国个人独资企业法》是个人独资企业的基本法律。

个人独资企业具有以下法律特征：

（1）个人独资企业是一个自然人投资的企业。根据《个人独资企业法》的规定，设立个人独资企业只能是一个自然人，国家机关、国家授权投资的机构或者国家授权的部门、企业、事业单位等都不能作为个人独资企业的设立人。

（2）个人独资企业的投资人对企业的债务承担无限责任。由于个人独资企业的投资人是一个自然人，对企业出资的多少、是否追加资金或减少资金、采取什么样的经营方式等事项均由投资人一人作主。当企业的资产不足以清偿到期债务时，投资人应以自己的全部财产用于清偿，这实际上是将企业的责任与投资人的责任连为一体。

（3）个人独资企业的内部机构设置简单，经营管理方式灵活。个人独资企业的投资人既是企业的所有者，又可以是企业的经营者，因此，法律对其内部机构和经营管理方式不像公和其他企业那样加以严格的规定。

（4）个人独资企业是非法人企业。个人独资企业由一个自然人出资，投资人对企业的债务承担无限责任。企业的责任即是投资人个人的责任，企业的财产即是投资人个人的财产。因此，个人独资企业不具有法人资格。个人独资企业虽然不具有法人资格，但却是独立的民事主体，可以自己的名义从事民事活动。

（二）个人独资企业的设立

1、条件

根据《个人独资企业法》的规定，设立个人独资企业应当具备下列条件：

（1）投资人为一个自然人，且只能是中国公民。

（2）有合法的企业名称。个人独资企业的名称应当符合国家关于企业名称登记管理的有关规定，企业名称与其责任形式及从事的营业相符合，可以叫厂、店、部、中心、工作室等，不得使用“有限”、“有限责任”或者“公司”字样。

（3）有投资人申报的出资。投资人可以个人财产出资，也可以家庭共有财产作为个人出资。《个人独资企业法》对设立个人独资企业的出资数额未作限制。设立个人独资企业可以用货币出资，也可以用实物、土地使用权、知识产权或者其他财产权利出资。采取实物、土地使用权、知识产权或者其他财产权利出资的，应将其折算成货币数额。

（4）有固定的生产经营场所和必要的生产经营条件。

（5）有必要的从业人员。

2、个人独资企业的设立程序

（1）提出申请。申请设立个人独资企业，应当由投资人或者其委托的代理人向个人独资企业所在地的登记机关提交设立申请书、投资人身份证明、生产经营场所使用证明等文件。委托代理人申请设立登记时，应当出具投资人的委托书和代理人的合法证明。个人独资企业设立申请书应当载明下列事项：（1）企业的名称和住所；（2）投资人的姓名和居所；（3）投资人的出资额和出资方式；（4）经营范围。

（2）工商登记。登记机关应当在收到设立申请文件之日起 15 日内，对符合《个人独资企法》规定条件的，予以登记，发给营业执照；对不符合《个人独资企业法》规定条件的，不予登记，并发给企业登记驳回通知书。个人独资企业营业执照的签发日期，为个人独资企业成立日期。在领取个人独资企业营业执照前，投资人不得以个人独资企业名义从事经营活动。

（3）分支机构登记。个人独资企业设立分支机构，应当由投资人或者其委托代理人向分支机构所在地的登记机关申请登记，领取营业执照。分支机构经核准登记后，应将登记情况报该分支机构隶属的个人独资企业的登记机关备案。分支机构的民事责任由设立该分支机构的个人独资企业承担。

（4）变更登记。个人独资企业存续期间登记事项发生变更的，应当在作出变更决定之日起 15 日内依法向登记机关申请办理变更登记。个人独资企业分支机构比照个人独资企业申请变更、注销登记的有关规定办理。

（三）个人独资企业的投资人及事务管理

1、个人独资企业的投资人的条件、权利与责任

根据《个人独资企业法》的规定，个人独资企业的投资人为具有中国国籍的自然人，但法律、行政法规禁止从事营利性活动的人，不得作为投资人申请设立个人独资企业。根据中国有关法律、行政法规规定，国家公务员、党政机关领导干部、法官、检察官、商业银行工作人员等人员，不得作为投资人申请设立个人独资企业。

根据《个人独资企业法》的规定，个人独资企业投资人对本企业的财产依法享有所有权，其有关权利可以依法进行转让或继承。

由于个人独资企业是一个投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任的经营实体，因此，《个人独资企业法》规定，个人独资企业财产不足以清偿债务的，投资人应当以其个人的其他财产予以清偿。如果个人独资企业投资人在申请企业设立登记时明确以其家庭共有财产作为个人出资的，应当依法以家庭共有财产对企业债务承担无限责任。

2、个人独资企业的事务管理

《个人独资企业法》规定，个人独资企业投资人可以自行管理企业事务，也可以委托或者聘用其他具有民事行为能力的人负责企业的事务管理。投资人委托或者聘用他人管理个人独资企业事务，应当与受托人或者被聘用的人签订书面合同。合同应订明委托的具体内容、授予的权利范围、委托人或者被聘用的人应履行的义务、报酬和责任等。受托人或者被聘用

的人员应当履行诚信、勤勉义务，以诚实信用的态度对待投资人，对待企业，尽其所能依法保障企业利益，按照与投资人签订的合同负责个人独资企业的事务管理。

需要指出的是，投资人对受托人或者被聘用的人员职权的限制，不得对抗善意第三人。所谓“第三人”，是指受托人或者被聘用的人员以外与企业发生经济业务关系的人。所谓“善意第三人”，是指第三人在有关经济业务交往中，没有与受托人或者被聘用的人员串通，故意损害投资人利益行为的人。个人独资企业的投资人与受托人或者被聘用的人员之间有关权利义务的限制只对受托人或者被聘用的人员有效，对第三人并无约束力，受托人或者被聘用的人员超出投资人的限制与善意第三人的有关业务交往应当有效。

《个人独资企业法》规定，投资人委托或者聘用的管理个人独资企业事务的人员不得有下列行为：利用职务上的便利，索取或者收受贿赂；利用职务或者工作上的便利侵占企业财产；挪用企业的资金归个人使用或者借贷给他人；擅自将企业资金以个人名义或者以他人名义开立账户存储；擅自以企业财产提供担保；未经投资人同意，从事与本企业相竞争的业务；未经投资人同意，同本企业订立合同或者进行交易；未经投资人同意，擅自将企业商标或者其他知识产权转让给他人使用；泄露本企业的商业秘密；法律、行政法规禁止的其他行为。

（四）个人独资企业的权利和义务

1、个人独资企业的权利

根据《个人独资企业法》的规定，个人独资企业享有以下权利：

（1）依法申请贷款。个人独资企业可以根据《商业银行法》、《中华人民共和国合同法》和中国人民银行发布的《贷款通则》等法律、法规的规定申请贷款，以供企业生产经营之用。

（2）依法取得土地使用权。个人独资企业可根据《中华人民共和国土地管理法》、《中华人民共和国土地管理法实施细则》和《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》等规定取得土地使用权。

（3）拒绝摊派权。摊派是指在法律、法规的规定之外，以任何方式要求企业提供财力、物力和人力的行为。国家禁止任何国家机关、人民团体、部队、企业、事业单位和其他社会组织向企业摊派。《个人独资企业法》规定，任何单位和个人不得违反法律、行政法规的规定，以任何方式强制个人独资企业提供财力、物力、人力。对于违法强制提供财力、物力、人力的行为，个人独资企业有权拒绝。

（4）法律、行政法规规定的其他权利。个人独资企业除享有上述权利外，还依法享有其他权利。例如，根据《中华人民共和国外贸法》的规定，企业可以依法取得外贸经营权或根据业务需要，委托具有外贸经营权的单位代为办理进出口业务；根据《中华人民共和国专利法》的规定，企业可以取得专利保护；根据《中华人民共和国商标法》的规定，企业可以取得商标保护等。

2、个人独资企业的义务

（1）遵守法律、行政法规，诚实信用，不得损害社会公共利益。

（2）依法履行纳税义务。自 2000 年 1 月 1 日起，对个人独资企业停止征收企业所得税。投资者的生产经营所得，比照个体工商户的生产、经营所得征收个人所得税。

（3）依法设立会计账簿，进行会计核算。个人独资企业应按照《中华人民共和国会计法》和国家统一的会计制度的规定设置会计账簿，以实际发生的经济业务事项进行会计核算，填制会计凭证，登记会计账簿，编制财务会计报告，不得以虚假的经济业务事项或者资料进行会计核算。

（4）依法保障职工权益。根据《个人独资企业法》的规定，个人独资企业招用职工的，应当依法与职工签订劳动合同，保障职工的劳动安全，按时、足额发放职工工资。同时，个人独资企业应当按照国家有关规定参加社会保险，为职工缴纳社会保险费。

（五）个人独资企业的解散和清算

1、个人独资企业的解散

根据《个人独资企业法》的规定，个人独资企业有下列情形之一时，应当解散：投资人决定解散；投资人死亡或者被宣告死亡，无继承人或者继承人决定放弃继承；被依法吊销营业执照；法律、行政法规规定的其他情形。

2、个人独资企业的清算

个人独资企业解散的，应当进行清算。《个人独资企业法》对个人独资企业清算作了以下规定：个人独资企业解散，由投资人自行清算或者由债权人申请人民法院指定清算人进行清算。投资人自行清算的，应当在清算前 15 日内书面通知债权人，无法通知的，应当予以公告。债权人应当在接到通知之日起 30 日内，未接到通知的应当在公告之日起 60 日内，向投其债权。个人独资企业解散的，财产应当按照下列顺序清偿：所欠职工工资和社会保险费用；所欠税款；其他债务。个人独资企业财产不足以清偿债务的，投资人应当以其个人的其他财产予以清偿。

清算期间，个人独资企业不得开展与清算目的无关的经营活动。在按前述财产清偿顺序清偿债务前，投资人不得转移、隐匿财产。

个人独资企业解散后，原投资人对个人独资企业存续期间的债务仍应承担偿还责任，但债权人在 5 年内未向债务人提出偿债请求的，该责任消灭。

个人独资企业清算结束后，投资人或者人民法院指定清算人应当编制清算报告，并于 15 日内到登记机关办理注销登记。

四、合伙企业法律制度

（一）合伙企业法概述

1、合伙企业的概念

合伙是指两个以上的人为着共同目的，相互约定共同出资、共同经营、共享收益、共担风险的自愿联合。

合伙企业是指依照《合伙企业法》在中国境内设立的由各合伙人订立的合伙协议、共同出资、合伙经营、共享收益、共担风险，并对合伙企业债务承担无限连带责任的营利性组织。合伙企业具有以下法律特征：

（1）由各合伙人组成。合伙企业不是单个人的行为，而是多个人的联合。也就是说，一个合伙企业要有两个以上合伙人。

（2）以合伙协议为法律基础。合伙协议是合伙人建立合伙关系，确定合伙人各自的权利义务，使合伙企业得以设立的前提，也是合伙企业的基础。如果没有合伙协议，合伙人之间未形成合伙关系，合伙企业便不能成立。

（3）企业内部关系属于合伙关系。所谓合伙关系，就是共同出资、共同经营、共享收益、共担风险的关系。尽管不同合伙企业订立的合伙协议有很大差别，但是必须遵循上述基本原则。

（4）合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任。其含义，一是当合伙企业财产不足以清偿其债务时，合伙人应以其在合伙企业出资以外的财产清偿债务；二是每一合伙人对企业债务都有清偿的义务，债权人可以就合伙企业财产不足以清偿的那部分债务，向任何一个合伙人要求全部偿还。

2、合伙企业法的概念及其适用

合伙企业法是指国家立法机关或者其他有权机关依法制定的、调整合伙企业合伙关系的各种法律规范的总称。目前，中国调整合伙企业各种经济关系的主要法律规范是 1997 年 2

月 23 日第 8 届全国人民代表大会常务委员会第 24 次会议通过、同年 8 月 1 日起施行的《合伙企业法》。

《合伙企业法》适用于按照规定应由工商行政管理机关登记管理的合伙企业。采用合伙制的律师事务所、会计师事务所、医生诊所等组织，由于它们归其他行政主管部门登记管理，不适用于《合伙企业法》。《合伙企业法》规定的合伙企业，仅限于以自然人为合伙人的企业，不包括企业法人之间的合伙型联营。此外，《合伙企业法》也不适用于不具备企业形态的契约型合伙。

（二）合伙企业的设立

1、合伙企业的设立条件

根据《合伙企业法》的规定，设立合法企业应当具备下列条件：

（1）有两个以上的合伙人，并且都是依法承担无限责任者。合伙企业合伙人至少为 2 人，这是最低限额。关于合伙人的资格，《合伙企业法》作了以下限定：（1）合伙人应当是依法承担无限责任者，合伙企业不允许有承担有限责任的合伙人。（2）合伙人应当为具有完全民事行为能力的人，无民事行为能力人和限制民事行为能力人不得成为合伙企业的合伙人。（3）法律、行政法规规定禁止从事营利性活动的人，不得成为合伙企业的合伙人。如国家公务员、法官、检察官等。

（2）有书面合伙协议。合伙协议是指合伙人为设立合伙企业而达成的规定合伙人之间权利义务关系的协议。合伙协议应当依法由全体合伙人协商一致，以书面形式订立。

根据《合伙企业法》的规定，合伙协议应当载明下列必要记载事项：（1）合伙企业的名称和主要经营场所的地点；（2）合伙目的和合伙企业的经营范围；（3）合伙人的姓名及其住所；（4）合伙人出资的方式、数额和缴付出资的期限；（5）利润分配和亏损分担办法；（6）合伙企业事务的执行；（7）入伙与退伙；（8）合伙企业的解散与清算；（9）违约责任。除上述必要记载事项外，合伙协议还可以载明任意记载事项，如合伙企业的经营期限和合伙人争议的解决方式等。合伙协议经全体合伙人签名、盖章后生效。合伙人依照合伙协议享有权利、承担责任。合伙协议生效后，全体合伙人可以在协商一致的基础上，对该合伙协议加以修改或者补充。

（3）有各合伙人实际缴付的出资。合伙协议生效后，合伙人应当按照合伙协议的规定缴纳出资。根据《合伙企业法》的规定，合伙人可以用货币、实物、土地使用权、知识产权或者其他财产权利出资。合伙人对于自己用于缴纳出资的财产或者财产权，应当拥有合法的

处分权，合伙人不得将自己无权处分的财产或者财产权用于出资。此外，经全体合伙人协商一致，合伙人也可以用劳务出资。

（4）有合伙企业的名称。合伙企业的名称应当与其责任形式及所从事的营业相符合。合伙企业在其名称中不得使用“有限”或者“有限责任”的字样。

（5）有经营场所和从事合伙经营的必要条件。

2、合伙企业的设立登记

合伙企业的设立登记程序如下：（1）向企业登记机关提出申请，并提交全体合伙人签署的登记申请书、全体合伙人的身份证明、合伙协议、出资权属证明、经营场所证明以及其他文件。法律、行政法规规定设立合伙企业必须报经有关部门审批的，还应当提交有关批准文件。合伙协议约定或者全体合伙人决定，委托一名或者数名合伙人执行合伙事务的，还应当提交全体合伙人的委托书。（2）企业登记机关应当自收到申请登记文件之日起 30 日内，作出是否登记的决定。对符合《合伙企业法》规定条件的，予以登记，发给营业执照；对不符合《合伙企业法》规定条件的，不予登记，并应当给予书面答复，说明理由。合伙企业的营业执照签发日期，为合伙企业的成立日期。合伙企业领取营业执照前，合伙人不得以合伙企业的名义从事经营活动。合伙企业设立分支机构，应当向分支机构所在地企业登记机关申请登记，领取营业执照。

（三）合伙企业财产

1、合伙企业财产的构成

根据《合伙企业法》的规定，合伙企业存续期间，合伙人的出资和所有以合伙企业名义取得的收益均为合伙企业的财产。（1）合伙人的出资。合伙人的出资转入合伙企业时，就变成了合伙企业的财产。（2）以合伙企业名义取得的收益。合伙企业作为一个独立的经济实体，以其名义取得的经济收益作为合伙企业的财产，成为合伙财产的一部分。

合伙企业的财产由全体合伙人依照《合伙企业法》的规定及合伙协议的约定共同管理和使用。在合伙企业存续期间，除非有合伙人退伙等法定事由，合伙人不得请求分割合伙企业的财产。合伙企业的合伙财产具有共有财产的性质，对合伙财产的占有、使用、收益和处分，均应依据全体合伙人的共同意志进行。

2、合伙企业财产的转让

由于合伙企业及其财产性质的特殊性，其财产的转让，将会影响合伙企业以及各合伙人切身的利益，因此，《合伙企业法》对合伙企业财产的转让作了以下限制性规定：（1）合伙企业存续期间，合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的全部或者部分财产份额

时，必须经其他合伙人一致同意；（2）合伙人之间转让在合伙企业中的全部或者部分财产份额时，应当通知其他合伙人；（3）合伙人依法转让其财产份额时，在同等条件下，其他合伙人有优先受让的权利。

另外，《合伙企业法》规定，合伙人以其在合伙企业中的财产份额出质的，必须经其他合伙人一致同意。未经其他合伙人一致同意，合伙人以其在合伙企业中财产份额出质的，其行为无效，或者作为退伙处理，由此给其他合伙人造成损失的，依法承担赔偿责任。

经全体合伙人同意，合伙人以外的人依法受让合伙企业财产份额时，经修改合伙协议即成为合伙企业的合伙人，合伙企业的各合伙人依照修改后的合伙协议享有权利和承担责任。

（四）合伙企业的事务执行

1、合伙事务执行的形式

合伙人执行合伙企业事务，有全体合伙人共同执行合伙企业事务、委托一名或数名合伙人执行合伙企业事务两种形式。

（1）全体合伙人共同执行合伙事务是合伙企业事务执行的基本形式，也是在合伙企业中经常使用的一种形式。在采取这种形式的合伙企业中，按照合伙协议的约定，各个合伙人都直接参与经营，处理合伙企业的事务，对外代表合伙企业。

（2）委托一名或数名合伙人执行合伙企业事务，即由合伙协议约定或者全体合伙人决定委托一名或者数名合伙人执行合伙企业事务，对外代表合伙企业。未接受委托执行合伙企业事务的其他合伙人，不再执行合伙企业的事务。

根据《合伙企业法》的规定，合伙企业的下列事务必须经全体合伙人一致同意：（1）处分合伙企业的不动产；（2）改变合伙企业名称；（3）转让或者处分合伙企业的知识产权和其他财产权利；（4）向企业登记机关申请办理变更登记手续；（5）以合伙企业名义为他人提供担保；（6）聘任合伙人以外的人担任合伙企业的经营管理人员；（7）依照合伙协议约定的有关事项。

全体合伙人对合伙企业有关事项作出决议时，除《合伙企业法》另有规定或者合伙协议中另有约定外，经全体合伙人决定可以实行一人一票的表决办法。

2、合伙人在执行合伙事务中的权利和义务

根据《合伙企业法》的规定，合伙人在执行合伙事务中的权利主要包括以下内容：（1）合伙人平等享有合伙事务执行权；（2）执行合伙事务的合伙人对外代表合伙企业；（3）不参加执行事务的合伙人有权监督执行事务的合伙人，检查其执行合伙企业事务的情

况；（4）各合伙人有权查阅合伙企业的账簿和其他有关文件；（5）合伙人有提出异议权和撤销委托执行事务权。

在合伙人分别执行合伙事务的情况下，由于执行合伙事务的合伙人的行为所产生的亏损和责任要由全体合伙人承担，因此，《合伙企业法》规定，经合伙协议约定或者经全体合伙人决定，合伙人分别执行合伙企业事务时，合伙人可以对其他合伙人执行的事务提出异议。提出异议时，应暂停该项事务的执行。如果发生争议，可由全体合伙人共同决定。被委托执行合伙事务的合伙人不按照合伙协议或者全体合伙人的决定执行事务的，其他合伙人可以决定撤销该委托。

根据《合伙企业法》的规定，合伙人在执行合伙事务中的义务主要包括以下内容：（1）由一名或者数名合伙人执行合伙企业事务的，应当依照约定向其他不参加执行事务的合伙人报告事务执行情况以及合伙企业的经营状况和财务状况；（2）合伙人不得自营或者同他人合作经营与本合伙企业相竞争的业务；（3）除合伙协议另有约定或者经全体合伙人同意外，合伙人不得同本合伙企业进行交易；（4）合伙人不得从事损害本合伙企业利益的活动。

3、合伙企业的损益分配

合伙损益，即合伙企业的利润或亏损，由合伙人依照合伙协议约定的比例分配和分担。合伙协议未约定利润分配和亏损分担比例的，由各合伙人平均分配和分担。合伙协议不得约定将全部利润分配给部分合伙人或者由部分合伙人承担全部亏损。

合伙企业年度或者一定时期的利润分配或者亏损分担的具体方案，由全体合伙人协商决定或者按照合伙协议约定的办法决定。合伙损益分配的时间比较灵活，既可以按年度进行分配，也可以在一定时期内进行分配。合伙损益分配的具体方案应由全体合伙人共同决定。

4、非合伙人参与经营管理

经全体合伙人同意，合伙企业可以聘任合伙人以外的人担任合伙企业的经营管理人员。被聘任的合伙企业的经营管理人员应当在合伙企业授权范围内履行职责，超越合伙企业授权范围从事经营活动，或者因故意或者重大过失，给合伙企业造成损失的，依法承担赔偿责任。

（五）合伙企业与第三人关系

1、对外代表权的效力

根据《合伙企业法》的规定，执行合伙企业事务的合伙人，对外代表合伙企业，可以取得合伙企业对外代表权的合伙人，主要有 3 种情况：（1）由全体合伙人共同执行合伙企业

事务的，全体合伙人都有权对外代表合伙企业，即全体合伙人都取得了合伙企业的对外代表权；（2）由部分合伙人执行合伙企业事务的，只有受委托执行合伙企业事务的那一部分合伙人有权对外代表合伙企业，而不参加执行合伙企业事务的合伙人则不具有对外代表合伙企业的权利；（3）由于特别授权在单项合伙事务上有执行权的合伙人，依照授权范围可以对外代表合伙企业。执行合伙企业事务的合伙人，在取得对外代表权后，可以以合伙企业的名义进行经营活动，在其授权的范围内作出法律行为。这种行为对合伙企业有法律效力，由此而产生的收益应当归合伙企业所有，成为合伙财产的来源；由此而带来的风险，也应当由合伙人承担，构成合伙企业的债务。

合伙企业对合伙人执行合伙企业事务以及对外代表合伙企业权利的限制，不得对抗不知情的善意第三人。这里所说的合伙人，是指在合伙企业中有合伙事务执行权与对外代表权的合伙人。若第三人与合伙企业事务执行人恶意串通、损害合伙企业利益，则不属善意之情形。

2、合伙企业和合伙人的债务清偿

（1）合伙企业的债务清偿与合伙人的关系

合伙企业对其债务，应先以其全部财产进行清偿。合伙企业财产不足清偿到期债务的，各合伙人应当承担无限连带清偿责任。各合伙人所有个人的财产，除依法不可执行的财产，如合伙人及其家属的生活必需品、已设定抵押权的财产等，均可用于清偿。

以合伙企业财产清偿合伙企业债务时，其不足的部分，由各合伙人按照合伙企业分担亏损的比例，用其在合伙企业出资以外的财产承担清偿责任。关于合伙企业亏损分担的比例，合伙协议约定的，按照合伙协议约定的比例分担；合伙协议未约定的，由各合伙人平均分担。

合伙人之间的分担比例对债权人没有约束力。债权人可以根据自己的清偿利益，请求全体合伙人中的一人或数人承担全部清偿责任，也可以按照自己确定的清偿比例向各合伙人分别追索。如果某一合伙人实际支付的清偿数额超过其依照既定比例所应承担的数额，该合伙人有权就超过部分向其他未支付或者未足额支付应承担数额的合伙人追偿。

（2）合伙人的债务清偿与合伙企业的关系

合伙企业中某一合伙人的债权人，不得以该债权抵消其对合伙企业的债务。

合伙人个人负有债务，其债权人不得代位行使该合伙人在合伙企业中的权利。

合伙人个人财产不足以清偿其个人所负债务的，该合伙人只能以其合伙企业中分取的收益用于清偿；债权人也可依法请示人民法院强制执行该合伙人在合伙企业中的财产份额用于清偿。

在以合伙人的财产份额清偿其个人债务的情况下，需要注意两点：一是这种清偿必须通过民事诉讼法规定的强制执行程序进行，债权人不得自行接管债务人在合伙企业中的财产份额；二是在强制执行个别合伙人在合伙企业中的财产份额时，其他合伙人有优先受让的权利。也就是说，如果其他合伙人不愿意接受该债权人成为其合伙企业的合伙人，可以由他们中的一人或者数人行使优先受让权，取得该债务人的财产份额。受让人支付的价款，用于向该债权人清偿债务。

（六）入伙与退伙

1、入伙

入伙是指在合伙企业存续期间，合伙人以外的第三人加入合伙，从而取得合伙人资格。新合伙人入伙时，应当经全体合伙人同意，并依法订立书面入伙协议。订立入伙协议时，原合伙人应当向新合伙人告知原合伙企业的经营状况和财务状况。入伙的新合伙人与原合伙人享有同等权利，承担同等责任。入伙协议另有约定的，从其约定。入伙的新合伙人对入伙前合伙企业的债务承担连带责任。

2、退伙

退伙是指合伙人退出合伙企业，从而丧失合伙人资格。合伙人退伙，一般有两种原因：一是自愿退伙；二是法定退伙。

自愿退伙是指合伙人基于自愿的意思表示而退伙。自愿退伙可以分为协议退伙和通知退伙两种。（1）协议退伙。根据《合伙企业法》的规定，合伙协议约定合伙企业的经营期限的，有下列情形之一时，合伙人可以退伙：（1）合伙协议约定的退伙事由出现；（2）经全体合伙人同意退伙；（3）发生合伙人难以继续参加合伙企业的事由；（4）其他合伙人严重违反合伙协议约定的义务。（2）通知退伙。根据《合伙企业法》的规定，合伙协议未约定合伙企业的经营期限的，合伙人在不给合伙企业事务执行造成不利影响的情况下，可以退伙，但应当提前30日通知其他合伙人。合伙人违反上述规定擅自退伙的，应当赔偿由此给其他合伙人造成的损失。

法定退伙是指合伙人因出现法律规定的事由而退伙。法定退伙分为当然退伙和除名两类。（1）当然退伙。根据《合伙企业法》的规定，合伙人有下列情形之一的，当然退伙：（1）死亡或者被依法宣告死亡；（2）被依法宣告为无民事行为能力人；（3）个人丧失偿

债能力；（4）被人民法院强制执行在合伙企业中全部财产份额。当然退伙以法定事由实际发生之日为退伙生效日。（2）除名。根据《合伙企业法》的规定，合伙人有下列情形之一的，经其他合伙人一致同意，可以决议将其除名：（1）未履行出资义务；（2）因故意或者重大过失给合伙企业造成损失；（3）执行合伙企业事务时有不正当行为；（4）合伙协议约定的其他事由。对合伙人的除名决议应当书面通知被除名人。被除名人自接到除名通知之日起，除名生效，被除名人退伙。被除名人对除名决议有异议的，可以在接到除名通知之日起30日内，向人民法院起诉。

合伙人退伙以后，并不能解除对于合伙企业既往债务的连带责任。根据《合伙企业法》的规定，退伙人对其退伙前已发生的合伙企业债务，与其他合伙人承担连带责任。

（七）合伙企业解散与清算

1、合伙企业解散

根据《合伙企业法》的规定，合伙企业有下列情形之一时应当解散：（1）合伙协议约定的经营期限届满，合伙人不愿意继续经营的；（2）合伙协议约定的解散事由出现；（3）全体合伙人决定解散；（4）合伙人已不具备法定人数；（5）合伙协议约定的合伙目的已经实现或者无法实现；（6）被依法吊销营业执照；（7）出现法律、行政法规规定的合伙企业解散的其他原因。

2、合伙企业清算

合伙企业解散的，应当进行清算。《合伙企业法》对合伙企业清算作出以下规定：

（1）通知和公告债权人。合伙企业解散后应当进行清算，并通知和公告债权人。

（2）确定清算人。合伙企业解散，清算人由全体合伙人担任；未能由全体合伙人担任清算人的，以全体合伙人过半数同意，可以自合伙企业解散后15日内指定一名或者数名合伙人，或者委托第三人，担任清算人。15日内未确定清算人的，合伙人或者其他利害关系人可以申请人民法院指定清算人。清算人在清算期间执行下列事务：（1）清理合伙企业财产，分别编制资产负债表和财产清单；（2）处理与清算有关的合伙企业未了结的事务；（3）清缴所欠税款；（4）清理债权、债务；（5）处理合伙企业清偿债务后的剩余财产；（6）代表合伙企业参与民事诉讼活动。

（3）财产清偿。合伙企业财产在支付清算费用后，按下列顺序清偿：（1）合伙企业所欠招用的职工工资和劳动保险费用；（2）合伙企业所欠税款；（3）合伙企业的债务；（4）返还合伙人的出资。

合伙企业财产按上述顺序清偿后仍有剩余的，按合伙协议约定的利润分配比例进行分配；合伙协议未约定利润分配比例的，由合伙人平均分配。合伙企业清算时，其全部财产不足清偿其债务的，由其合伙人以个人的财产，按照合伙协议约定的比例承担清偿责任；合伙协议未约定比例的，平均承担清偿责任。

（4）清算结束。在清算期间，如果全体合伙人以个人财产承担清偿责任后，仍不足以清偿合伙企业债务的，应当结束清算程序。对于未能清偿的债务，由原合伙人继续承担连带清责任。但是，如果债权人在 5 年内未向债务人提出清偿请求，则债务人的清偿责任归于消灭。

（5）注销登记。清算结束后，清算人应当编制清算报告，经全体合伙人签名、盖章后，在 15 日内向企业登记机关报送清算报告，办理合伙企业注销登记。

四、外商投资企业法律制度

（一）中外合资经营企业法律制度

1、中外合资经营企业的概念

中外合资经营企业(简称合营企业)，是指外国的公司、企业和其他经济组织或者个人同中国的公司、企业或者其他经济组织，依照中国的法律和行政法规，经中国政府批准，设在中国境内的，由双方共同投资、共同经营，并按照投资比例共担风险、共负盈亏的企业。

中外合营企业法律制度主要包括 1979 年 7 月第 5 届全国人民代表大会第 2 次会议通过并 1990 年 4 月第 7 届全国人民代表大会第 3 次会议和 2001 年 3 月第 9 届全国人民代表大会第 4 次会议修正的《中华人民共和国中外合资经营企业法》(以下简称《中外合资经营企业法》)及国务院 1983 年 9 月发布并于 1986 年 1 月、1987 年 12 月、2001 年 7 月修正的《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》。

2、中外合资经营企业的设立

申请设立的合营企业，必须符合下列一项或数项要求：（1）采用先进技术设备和科学管理方法，能增加产品品种，提高产品质量和产量，节约能源和材料。（2）有利于技术改造，能做到投资少、见效快、收益大。（3）能扩大产品出口，增加外汇收入。（4）能培训技术人员和经营管理人员。

对于申请设立的合营企业有损中国主权的、违反中国法律的、不符合中国国民经济发展要求的、造成环境污染的、签订的协议合同章程显属不公平损害合营一方权益的，不予批准。

设立合营企业必须经国务院对外经济贸易主管部门审查批准。合营企业批准设立后，由审批机关发给批准证书。但具备以下两个条件的，审批机关可以委托有关省、自治区、直辖市人民政府或者国务院有关行政机关(以下简称受托机关)审批：（1）投资总额在国务院规定的限额以内、中国合营者的资金来源已经落实的。（2）不需要国家增拨原材料，不影响燃料、动力、交通运输、外贸出口配额等全国平衡的。受托机关批准设立合营企业后，应报审批机关备案，并由审批机关发给批准证书。

根据《中外合资经营企业法》及其实施条例的规定，设立合营企业一般要经过以下程序：（1）由中国合营者向企业主管部门呈报拟与外国合营者设立合营企业的项目建议书和初步可行性研究报告。（2）由中国合营者向审批机关报送下列文件：设立合营企业的申请书；合营各方共同编制的可行性研究报告；由合营各方授权代表签署的合营协议、合同和章程；由合营各方委派的合营企业董事人选名单，以及由合营各方协商确定或由董事会选举产生的董事长、副董事长人选名单；中国合营者的企业主管部门和合营企业所在地的省、自治区、直

辖市人民政府对设立该合营企业签署的意见。（3）由审批机关审查批准。审批机关自接到中国合营者按规定报送的全部文件之日起，在 3 个月内决定批准或者不批准。（4）向工商行政管理机关申请登记。合营企业申请人应在收到审批机关发给的批准证书后 1 个月内，向合营企业所在地的工商行政管理机关办理合营企业的登记手续，领取营业执照。合营企业的营业执照签发日期，即为合营企业的成立日期。

3、中外合资经营企业的注册资本与合营各方的出资方式、出资期限

合营企业的注册资本是指为设立合营企业的工商行政管理机关登记注册的资本，应为合营企业各方认缴的出资额之和。在合营企业的注册资本中，外国合营者的投资比例一般不低于 25%。合营企业在合营期限内，不得减少其注册资本，但合营各方的投资比例在一定条件下是可以变化的。合营企业增加注册资本，应当经合营各方协商一致，由合营企业董事会会议通过后，报原审批机关批准，并向原工商行政管理机关办理变更登记手续。

合营企业的投资总额是指按照合营企业合同、章程规定的生产规模需要投入的基本建设资金和生产流动资金的总和。如果合营各方的出资额之和达不到投资总额，可以以合营企业的名义进行借款。合营企业的注册资本与企业借款必须保持一个适当的、合理的比例。有关

规定如下：（1）合营企业的投资总额在 300 万美元以下(含 300 万美元)的，其注册资本至少应占投资总额的 7/10。（2）合营企业的投资总额在 300 万美元以上至 1000 万美元(含 1000 万美元)的，其注册资本至少应占投资总额的 1/2，其中投资总额在 420 万美元以下的，注册资本不得低于 210 万美元。（3）合营企业的投资总额在 1000 万美元以上至 3000 万美元(含 3000 万美元)的，其注册资本至少应占投资总额的 2/5，其中投资总额在 1250 万美元以下的，注册资本不得低于 500 万美元。（4）合营企业的投资总额在 3000 万美元以上的，其注册资本至少应占投资总额的 1/3，其中投资总额在 3600 万美元以下的，其注册资本不得低于 1200 万美元。

合营企业合营各方可以用现金出资，也可用实物、工业产权、专有技术、土地使用权等作价出资。以实物、工业产权、专有技术作为出资的，其价值应经评估确定。合营各方按照合营合同的规定向合营企业认缴的出资，必须是合营者自己所有的现金、自己所有并且未设立任何担保物权的实物、工业产权、专有技术等。凡是以实物、工业产权、专有技术作价出资的，出资者应当出具拥有所有权和处置权的有效证明。

作为外国合资者出资的机器设备或者其他物料，必须符合下列各项条件：（1）为合营企业生产所必不可少的。（2）中国不能生产，或虽能生产但价格过高或者技术性能和供应时间上不能保证需要的。（3）作价不得高于同类机器设备或其他物料当时的国际市场价格。

作为外国合营者出资的工业产权或专有技术，必须符合下列条件之一：（1）能生产中国急需的新产品或出口适销产品的。（2）能显著改进现有产品的性能、质量，提高生产效率的。（3）能显著节约原材料、燃料、动力的。外国合营者以工业产权或专有技术作为出资，应提交该工业产权或专有技术有关资料；外国合营者作为出资的机器设备或其他物料、工业产权或专有技术，应经中国合营者的企业主管部门审查同意，报审批机关批准。

中国合营者可以用为合营企业经营期间提供的土地使用权作为出资。如果土地使用权未作为中国合营者出资的一部分，合营企业应向中国政府缴纳土地使用费。

合营企业任何一方不得用以合营企业名义取得的贷款、租赁的设备或者其他财产以及合营者以外的他人财产作为自己的出资，也不得以合营企业的财产和权益或者合营他方的财产和权益为其出资担保。

合营各方应当在合营合同中订明出资期限，并且应当按照合营合同规定的期限缴清各自的出资。合营合同规定一次缴清出资的，合营各方应当从营业执照签发之日起 6 个月内缴

清；合营合同规定分期缴付出资的，合营各方第一期出资，不得低于各自认缴出资额的15%，并且应当在营业执照签发之日起3个月内缴清。

合营企业投资者分期出资的总期限为：（1）注册资本在50万美元以下(含50万美元)的，自营业执照核发之日起1年内，应将资本全部缴齐；（2）注册资本在50万美元以上、100万美元以下(含100万美元)的，自营业执照核发之日起1年半内，应将资本全部缴齐；（3）注册资本在100万美元以上、300万美元以下(含300万美元)的，自营业执照核发之日起2年内，应将资本全部缴齐；（4）注册资本在300万美元以上、1000万美元以下(含1000万美元)的，自营业执照核发之日起3年内，应将资本全部缴齐；（5）注册资本在1000万美元以上的，出资期限由审批机关根据实际情况审定。

通过收购国内企业资产或股权设立合营企业的外国投资者，应自合营企业营业执照颁发之日起3个月内支付全部购买金。对特殊情况需要延长支付者，经审批机关批准后，应自营业执照颁发之日起6个月内支付购买总金额的60%以上，在1年内付清全部购买金，并按实际缴付的出资额分配收益。控股投资者在付清全部购买金额之前，不能取得企业决策权，不得将其在企业中的权益、资产以合并报表的方式纳入该投资者的财务报表。

合营企业合同经审批后，若确因特殊情况需要超过合同规定的缴资期限延期缴资的，应报原审批机关批准和登记机关备案，并办理相关手续。合营企业的投资者均须按合同规定的比例和期限同步缴付认缴的出资额。因特殊情况不能同步缴付的，应报原审批机关批准，并按实际缴付的出资额比例分配收益。对合营企业中控股的投资者，在其实际缴付的投资额未达到其认缴的全部出资额之前，不能取得企业决策权，不得将其在企业中的权益、资产以合并报表的方式纳入该投资者的财务报表。

4、中外合资经营企业的组织形式和组织机构

合营企业的组织形式为有限责任公司。合营企业的合营各方以其认缴的出资额对企业承担有限责任，合营企业以其全部资产对其债务承担责任。

根据《中外合资经营企业法》及其实施条例的规定，合营企业的组织机构是董事会和经营管理机构。

1.董事会

合营企业的董事会是合营企业的最高权力机构。合营企业的组织形式虽然

是有限责任公司，但并不设立股东会。

董事会由董事长、副董事长及董事组成。董事会成员不得少于3人。董事长和副董事长由合营各方协商确定或者由董事会选举产生。中外合营者的一方担任董事长的，由他方担任

副董事长。董事长是合营企业的法定代表人。董事名额的分配由合营各方参照出资比例协商确定董事由合营各方按照分配的名额委派和撤换。董事任期 4 年，可以连任。董事会的职权是按照合营企业章程的规定，讨论决定合营企业的一切重大问题，包括企业发展规划、生产经营活动方案、收支预算、利润分配、劳动工资计划、停业，以及总经理、副总经理等高级管理人员的任命或聘请及其职权和待遇等。董事会会议由董事长召集，董事长不能召集时，可以由董事长委托副董事长或者其他董事召集。董事会会议每年至少召开 1 次。经三分之一以上的董事提议，可召集董事会临时会议。董事会会议应有三分之二以上董事出席方能举行。董事不能出席，可出具委托书委托他人代表其出席和表决。董事会会议一般应在合营企业的法定地址所在地举行。下列事项由出席董事会会议的董事一致通过方可作出决议：（1）合营企业章程的修改；（2）合营企业的中止、解散；（3）合营企业注册资本的增加、转让；（4）合营企业与其他经济组织的合并。

2.经营管理机构

合营企业的经营管理机构，负责企业的日常经营工作。

经营管理机构设总经理 1 人，副总经理若干人，其他高级管理人员若干人。总经理、副总经理由合营企业董事会聘请，可以由中国自然人担任，也可以由外国自然人担任。总经理执行董事会会议的各项决议，组织领导合营企业的日常经营管理工作。在董事会授权范围内，总经理对外代表合营企业，对内任免下属人员，行使董事会授予的其他职权。副总经理协助总经理工作。总经理或副总经理不得兼任其他组织的总经理或副总经理，不得参与其他经济组织对本企业的商业竞争。

5、中外合资经营企业的经营管理

合营企业的基本建设计划，应根据批准的可行性研究报告编制，并纳入企业主管部门的基本建设计划，企业主管部门应优先予以安排和保证实施。

合营企业按照合营合同规定的经营范围和生产规模所制定的生产经营计划(包括购买物资计划、产品销售计划、外汇收支计划、劳动工资计划等)，由董事会批准执行，报企业主管部门备案。企业主管部门和各级计划管理部门，不得对合营企业下达指令性生产经营计划。

合营企业所需的机器设备、原材料、燃料、配件、运输工具和办公用品等，有权自行决定在中国购买或者向国外购买。

合营企业应当建立健全财务会计管理机构，执行国家统一的财务会计制度。根据中国有关的法律和财务会计制度的规定，制定适合本企业的财务会计制度，并报当地财政、税务机

关备案。合营企业应向合营各方、当地税务机关、主管财务机关、企业主管部门报送季度和年度的会计报表。年度会计报表应抄报原审批机关。

合营企业原则上采用人民币为记账本位币，但经合营各方商定，也可以采用某一种外币为记账本位币。以外币记账的合营企业，除编制外币的会计报表外，还应另外编制折合人民币的会计报表。

合营企业的税后利润中可以向出资人分配的利润，按照合营企业各方出资比例进行分配。合营企业以前年度尚未分配的利润，可并入本年度的可分配利润中进行分配。

合营企业的下列文件、证件、报表，应经中国注册会计师验证和出具证明方为有效：（1）合营各方的出资证明书；（2）合营企业的年度会计报表；（3）合营企业清算的会计报表。

合营企业在劳动用工方面享有自主权，同时也要遵守中国的法律和行政法规的规定。合营企业用工实行劳动合同制，劳动合同由合营企业同本企业的工会组织代表职工集体签订，规模较小的合营企业，也可以由合营企业同职工个人签订。劳动合同的内容一般包括：（1）合营企业职工的雇用、解雇和辞退；（2）生产和工作任务；（3）工资和奖惩；（4）工作时间和假期；（5）劳动保险和生活福利；（6）劳动保护；（7）劳动纪律。合营企业应加强对职工的业务、技术培训。合营企业要制定切实可行的培训计划，提供必要的经费，建立严格的考核制度，加强对职工培训工作的组织领导。

6、中外合资经营企业的合营期限、解散与清算

合营企业的合营期限是指合营各方根据中国的法律、行政法规的规定和合营企业的经营目标，在合营合同中对合营企业存续期间的规定。有关合营企业的合营期限的具体规定如下：

(1)举办的合营企业属于下列行业的，合营各方当依照国家有关法律、行政法规的规定，在合营合同中约定合营企业的合营期限。这些行业包括：（1）服务性行业，如饭店、公寓、写字楼、娱乐、饮食、出租汽车、彩扩、洗相、维修、咨询等；（2）从事土地开发及经营房地产的；（3）从事资源勘查开发的；（4）国家规定限制投资项目的；（5）国家其他法律、法规规定需要约定合营期限的。

合营企业的合营期限，一般项目原则上为 10 至 30 年。投资大、建设周期长、资金利润率低的项目以及外国合营者提供先进技术或者关键技术生产尖端产品的项目，或者在国际上有竞争力的产品的项目，其合营期限可以延长到 50 年。经国务院特别批准的，可以在 50 年以上。

(2)对于属于国家规定鼓励投资和允许投资项目的合营企业，除上述行业外，合营各方可以在合同中约定合营期限，也可以不约定合营期限。

(3)约定合营期限的合营企业，合营各方同意延长合营期限的，应当在距合营期限届满 6 个月前向审批机关提出申请。审批机关应当在收到申请之日起 1 个月内决定批准或者不批准。合营企业的合营各方若一致同意将合营合同中约定的合营期限条款修改为不约定合营期限的条款，应提出申请，报原审批机关审查，原审批机关应当自收到上述申请文件之日起 90 日内决定批准或者不批准。

合营企业有下列情形之一者，应予解散：（1）合营期限届满；（2）企业发生严重亏损，无力继续经营；（3）合营一方不履行合营企业协议、合同、章程规定的义务，致使企业无法继续经营；（4）因自然灾害、战争等不可抗力遭受严重损失，无法继续经营；（5）合营企业既未达到其经营目的，又无发展前途；（6）合营企业的合同、章程所规定的其他解散原因已经出现。

除合营期限届满，其他情形下的合营企业的解散均由董事会提出解散申请，并报审批机关批准。

合营企业解散时应当进行清算。合营企业的清算由企业董事会提出清算的程序、原则和清算委员会人选，报经合营企业主管部门审查并进行监督。

清算委员会的成员一般应在合营企业的董事中选任。董事不能担任或不适合担任清算委员会成员时，合营企业可以聘请在中国注册的会计师、律师担任。审批机关认为必要时，可以派人进行监督。

清算委员会的任务是：（1）对合营企业的财产、债权债务进行全面清查；（2）编制资产负债表和财产目录，提出财产作价和计算依据，制定清算方案；（3）履行企业偿债义务。清算委员会制定的清算方案经董事会通过后，由清算委员会执行。清算期间，清算委员会代表该合营企业起诉和应诉。

合营企业解散时，其资产净额或剩余财产超过注册资本的部分视为利润，应依法缴纳所得税。

合营企业清偿债务后的剩余财产按照合营各方的出资比例进行分配，合营企业协议、合同、章程另有规定的除外。

合营企业清算工作结束后，由清算委员会提出清算结束报告，提请董事会会议通过，报原审批机关，并向原登记主管机关办理注销登记手续，缴销营业执照。

（二）中外合作经营企业法律制度

1、中外合作经营企业的概念

中外合作经营企业是指外国的公司、企业和其他经济组织或者个人同中国的公司、企业或者其他经济组织，依照中国的法律和行政法规，经中国政府批准，设在中国境内的，由双方通过合作企业合同约定各自的权利和义务的企业。

中外合作经营企业法律制度主要包括 1988 年 4 月第 7 届全国人民代表大会第 1 次会议通过并于 2000 年 10 月第 9 届全国人民代表大会常务委员会第 18 次会议修正的《中华人民共和国中外合作经营企业法》及 1995 年 9 月国务院发布的《中华人民共和国中外合作经营企业法实施细则》。

2、中外合作经营企业的设立

在中国境内设立合作企业，应当符合国家的发展政策和产业政策，遵守国家关于指导外商投资方面的规定。

根据《中外合作经营企业法》的规定，国家鼓励举办的合作企业是：（1）产品出口的生产型合作企业。（2）技术先进的生产型合作企业。

根据《中外合作经营企业实施细则》的规定，申请设立合作企业，有下列情形之一的，不予批准：（1）损害国家主权或者社会公共利益的；（2）危害国家安全的；（3）对环境造成污染损害的；（4）有违反法律、行政法规或者国家产业政策的其他情形的。

设立合作企业由国务院对外经济贸易主管部门或者国务院授权的部门和地方人民政府审查批准。

属于下列情形的，由国务院授权部门或者地方人民政府批准：（1）投资总额在国务院规定由国务院授权部门或者地方人民政府审批的投资限额以内的。（2）自筹资金，且不需要国家平衡建设、生产条件的。（3）产品出口不需要领取国家有关主管部门发放的出口配额、许可证，或者需要领取，但在报送项目建议书前已征得国家有关主管部门同意的。（4）有关法律、行政法规规定由国务院授权的部门或者地方人民政府审查批准的其他情形的。

国务院对外经济贸易主管部门和国务院授权部门批准设立的合作企业，由国务院对外经济贸易主管部门颁发批准证书。国务院授权的地方人民政府批准设立的合作企业，由有关地方人民政府颁发批准证书，并自批准之日起 30 日内将有关批准文件报送国务院对外经济贸易主管部门备案。

根据《中外合作经营企业法》及其实施细则的规定，设立合作企业一般要经过以下程序：

(1)由中国合作者向审批机关报送有关文件。这些文件包括：（1）设立合作企业的项目建议书，并附送主管部门审查同意的文件。（2）合作各方共同编制的可行性研究报告，并附送主管部门审查同意的文件。（3）由合作各方的法定代表人或授权的代表签署的合作企业

协议、合同、章程。（4）合作各方的营业执照或注册登记证明、资信证明及法定代表人的有效证明文件。外国合作者是自然人的，应当提供其有关身份、履历和资信情况的有效证明文件。（5）合作各方协商确定的合作企业董事长、副董事长、董事或者联合管理委员会主任、副主任、委员的人选名单。（6）审查批准机关要求报送的其他文件。

(2)由审批机关审查批准。审批机关应当自收到规定的合作企业设立申请的全部文件之日起 45 日内决定批准或者不予批准。审批机关认为报送的文件不全或者有不当之处的，有权要求合作各方在指定期间内补全或修正。

(3)向工商行政管理机关申请登记。经批准设立的合作企业应当自接到批准证书之日起 30 日内向工商行政管理机关申请登记，领取营业执照。营业执照签发日期，为合作企业成立日期。

3、中外合作经营企业的注册资本与投资、合作条件

合作企业的注册资本，是指为设立合作企业，在工商行政管理机关登记的合作各方认缴的出资额之和。注册资本可以用人民币表示，也可以用合作各方约定的一种可自由兑换的外币表示。合作企业的注册资本在合作期限内不得减少。但因投资总额和生产经营规模等变化，确需减少的，必须经审查批准机关批准。

(1)合作各方的出资方式。合作各方向合作企业投资或者提供合作条件的方式可以是货币也可以是实物或者工业产权、专有技术、土地使用权等财产权利。合作各方应当以其自有的财产或者财产权利作为投资或提供合作的条件，对该投资或者提供的合作条件不得设置抵押或者其他形式的担保。中国合作者的投资或者提供的合作条件，属于国有资产的，应当依照有关法律、行政法规的规定进行资产评估。

(2)合作各方的出资比例。在依法取得法人资格的合作企业中，外国合作者的投资一般低于合作企业注册资本的 25%。在不具有法人资格的合作企业中，对合作各方向合作企业投资或者提供合作条件的具体要求，由国务院对外经济贸易主管部门确定。

(3)合作各方的出资期限。合作各方应当根据合作企业的生产经营需要，依照有关法律、行政法规的规定，在合作企业合同中约定合作各方向合作企业投资或者提供合作条件的期限。合作各方未按照合同约定缴纳投资或者提供合作条件的，工商行政管理机关应当限期

履行；限期届满仍未履行的，审查批准机关应当撤销合作企业的批准证书，工商行政管理机关应当吊销合作企业的营业执照，并予以公告。未按照合作企业合同约定缴纳投资或者提供合作条件的一方，应当向已缴纳投资或者提供合作条件的他方承担违约责任。

合作各方缴纳投资或者提供合作条件后，应当由中国注册会计师验证并出具验资报告，由合作企业据以发给合作各方出资证明书。

4、中外合作经营企业的组织形式和组织机构

合作企业可以申请为具有法人资格的合作企业，也可以申请为不具有法人资格的合作企业。具有法人资格的合作企业，其组织形式为有限责任公司。合作各方对合作企业的责任以各自认缴的出资额或者提供的合作条件为限。合作企业以其全部资产对其债务承担责任。

不具有法人资格的合作企业，合作各方的关系是一种合伙关系。合作各方依照中国民事法律的有关规定，承担民事责任。

合作企业在组织机构的设置上有较大的灵活性，同合营企业相比有很大的区别。

具备法人资格的合作企业，一般设立董事会；不具备法人资格的合作企业，一般设立联合管理委员会。董事会或者联合管理委员会是合作企业的权力机构，按照合作企业章程的规定，决定合作企业的重大问题。董事会或者联合管理委员会成员不得少于 3 人，其名额的分配由中外合作者参照其投资或者提供的合作条件协商确定。董事会或者联合管理委员会成员由任命各方自行委派或者撤换。董事会董事长、副董事长或者联合管理委员会主任、副主任的产生办法由合作企业章程规定；中外合作者一方担任董事长、主任的，副董事长、副主任由他方担任。董事或者委员的任期由合作企业章程规定，但是每届任期不得超过 3 年。董事或者委员任期届满，委派方继续委任的，可以连任。董事会会议或者联合管理委员会会议每年至少召开 1 次，由董事长或者主任召集并主持。董事长或者主任因特殊情况不能履行职务时，由董事长或者主任指定副董事长、副主任或者其他董事、委员召集并主持。1/3 以上董事或者委员可以提议召开董事会会议或者联合管理委员会会议。董事会会议或者联合管理委员会会议应当有 2/3 以上董事或者委员出席方能举行。不能出席董事会会议或者联合管理委员会会议的董事或者委员，应当书面委托他人代表其出席和表决。董事会会议或者联合管理委员会会议作出决议，必须经全体董事或者委员的过半数通过。董事或者委员无正当理由既不参加又不委托他人代表其参加董事会会议或者联合管理委员会会议的，视为出席会议并在表决中弃权。会议的召开应提前 10 日通知全体董事或者委员。董事会或者联合管理委员会也可以用通讯的方式作出决议。

下列事项由出席董事会会议或者联合管理委员会会议的董事或者委员一致通过，方可作出决议：（1）合作企业章程的修改；（2）合作企业注册资本的增加或者减少；（3）合作企业的资产抵押；（4）合作企业的解散；（5）合作企业合并、分立和变更组织形式；（6）合作各方约定由董事会会议或者联合管理委员会会议一致通过方可作出决议的其他事项。

合作企业成立后，经合作各方一致同意，可以委托合作一方进行经营管理，另一方不参加管理；也可以委托合作各方以外的第三人经营管理。合作企业委托第三人经营管理的，必须经董事会或者联合管理委员会一致同意，并报审批机关批准，向工商行政管理机关办理变更登记手续。

5、中外合作经营企业的经营管理

合作企业在批准的合作企业协议、合同、章程范围内，依法自主地开展业务、进行经营管理活动，不受任何组织或者个人的干涉。合作企业按照批准的经营范围和生产经营规模，自行制定生产经营计划。政府部门不得强令合作企业执行政府部门确定的生产经营计划。

合作企业可以自行决定在中国境内或者境外购买本企业自用的机器、原材料、燃料、零部件、运输工具和办公用品等物资。合作企业可以自行向国际市场销售其产品，也可以委托国外的销售机构或者中国的外贸公司代销或者经销其产品。合作企业销售产品的价格，由合作企业依法自行确定。合作企业不得以明显低于合理的国际市场同类产品的价格出口产品，不得以高于国际市场同类产品的价格进口物资。合作企业进口或者出口属于进出口许可证、配额管理的商品，应当按照国家有关规定办理申领手续。

合作企业的中外合作者可以在合同中约定采用分配利润、分配产品或者其他方式分配收益。合作企业合作各方约定采用分配产品或者其他方式分配收益的，应当按照中国税法的有关规定，计算应纳税额。

根据《中外合作经营企业法》及其实施细则的规定，中外合作者在合作企业合同中约定合作期限届满时合作企业的全部固定资产归中国合作者所有的，外国合作者在合作期限内可以申请以下列方式先行回收其投资：（1）在按照投资或者提供合作条件进行分配的基础上，在合作企业合同中约定扩大外国合作者的收益分配比例。（2）经财政税务机关审查批准，外国合作者在合作企业缴纳所得税前回收投资。（3）经财政税务机关和审查批准机关批准的其他回收投资方式。

外国合作者在合作期限内先行回收投资，应符合下列法定条件：（1）中外合作者在合作企业合同中约定合作期满时，合作企业的全部固定资产无偿归中国合作者所有。（2）对

于税前回收投资的，必须向财政税务机关提出申请，并由财政税务机关依法审查批准。（3）中外合作者应当依照有关法律的规定和合作企业合同的约定，对合作企业的债务承担责任。（4）外国合作者提出先行回收投资的申请，应当具体说明先行回收投资的总额、期限和方式，经财政税务机关审查同意后，报审查批准机关审批。（5）外国合作者应当在合作企业的亏损弥补之后，才能先行回收投资。

6、中外合作经营企业的期限和终止

合作企业的期限由中外合作者协商，在合作企业合同中订明。合作各方协商同意要求延长合同期限的，应当在距合同期限届满的 180 天前向审查批准机关提出申请，说明原合作企业合同执行情况、延长合同期限的原因，同时报送合同各方就延长的期限内各方的权利、义务等事项所达成的协议。审查批准机关应当自接到申请之日起 30 日内，决定批准或者不批准。经批准延长合作期限的，合作企业凭批准文件向工商行政管理机关办理变更登记手续，延长的期限从期限届满后第 1 天计算。

合作企业合同约定外国合作者先行回收投资的，并且投资已经回收完毕的，合作企业期限届满不再延长。但外国合作者增加投资的，经合作各方协商同意，可以依照有关法律规定向审查批准机关申请延长合作期限。

根据《中外合作经营企业法》及其实施细则的规定，合作企业有下列情形之一的，应予终止：（1）合作期限届满。（2）合作企业发生严重亏损，或者因不可抗力遭受严重损失，无力继续经营。（3）中外合作者一方或者数方不履行合作企业合同、章程规定的义务，致使合作企业无法继续经营。（4）合作企业合同、章程中规定的其他解散原因已经出现。（5）合作企业违反法律、行政法规，被依法责令关闭。上述第（2），（4）项所列情形发生，应当由合作企业的董事会或者联合管理委员会出决定，报审查批准机关批准。在上述第（3）项所列情形下，不履行合作企业合同、章程规定的义务的合作者一方或者数方，应当对履行合同的他方因履行合同而遭受的损失承担赔偿责任；履行合同的一方或者数方有权向审查批准机关提出申请，解散合作企业。

合作企业期满或者提前终止时，应当依照法定程序对资产和债权、债务进行清算。中外合作者应当按照合作企业合同的约定确定合作企业财产的归属。合作企业终止后，应当向工商政管理机关和税务机关办理注销登记手续。

三、外资企业法律制度

1、外资企业的概念

外资企业亦称外商独资企业，是指外国的公司、企业和其他经济组织或者个人，依照中国的法律和行政法规，经中国政府批准，设在中国境内的，全部资本由外国投资者投资的企业。但其不包括外国公司、企业和其他经济组织在中国境内设立的分支机构。

外资企业法律制度主要包括 1986 年 4 月第 6 届全国人民代表大会第 4 次会议通过并于 2000 年 10 月第 9 届全国人民代表大会常务委员会第 18 次会议修正的《中华人民共和国外资企业法》及 1990 年 12 月国务院发布并于 2000 年 12 月修正的《中华人民共和国外资企业法实施细则》。

2、外资企业的设立

设立外资企业，必须有利于中国国民经济的发展。国家鼓励举办产品出口或者技术先进的外资企业。对于申请设立的外资企业有损中国主权或者社会公众利益的，危及中国国家安全的，违反中国法律、法规的，不符合中国国民经济发展要求的，可能造成环境污染的，不予批准。

根据《外资企业法》的规定，设立外资企业的申请，由国务院对外经济贸易主管部门和国务院授权的机关审查批准，发给批准证书。设立外资企业的申请属于下列情形的，由国务院授权省、自治区、直辖市和计划单列市、经济特区人民政府审查批准：（1）投资总额在国务院规定的投资审批权限以内的。（2）不需要国家调拨原材料，不需要外贸出口配额，不影响能源、交通运输等全国综合平衡的。

在国家规定限制设立外资企业的行业中申请设立外资企业的，除法律、法规另有规定外，必须经国务院对外经济贸易主管部门批准。申请设立的外资企业，其产品涉及出口许可证、出口配额、进口许可证或者属于国家限制进口的，应当依照有关管理权限事先征得国务院对外经济贸易主管部门的同意。

根据《外资企业法》及其实施细则的规定，申请设立外资企业一般应经过以下程序：

（1）设立外资企业的申请。外国投资者在提出设立外资企业的申请前，应当向拟设立外资企业所在地的县级或者县级以上人民政府提交报告。报告的内容包括：（1）设立外资企业的宗旨；（2）经营范围、规模、生产产品；（3）使用的技术设备；（4）用地面积及要求；（5）需要用水、电、煤、煤气或者其他能源的条件及数量；（6）对公共设施的要求等。县级或者县级以上人民政府应当在收到外国投资者提交的报告之日起 30 日内以书面形式答复外国投资者。

外国投资者设立外资企业，应当通过拟设立外资企业所在地的县级或者县级以上人民政府向审批机关提出申请并报送下列文件：（1）设立外资企业申请书；（2）可行性研究报告；（3）外资企业章程；（4）外资企业法定代表人(或者董事会人选)名单；（5）外国投资者的法律证明文件和资产证明文件；（6）拟设立外资企业所在地的县级或者县级以上人民政府的书面答复；（7）需要进口的物资清单；（8）其他需要报送的文件。两个或者两个以上的外国投资者共同申请设立外资企业，应当将其签订的合同。副本报送审批机关备案。

（2）设立外资企业的审批。审批机关应当在收到申请设立外资企业的全部文件之日起 90 日内决定批准或者不批准。审批机关如果发现上述文件不齐备或者有不当之处，可以要求限期补报或者修改。

（3）设立外资企业的登记。设立外资企业的申请经批准后，外国投资者应当在接到批准证书之日起 30 日内，向国家工商行政管理总局或者国家工商行政管理总局授权的地方工商行政管理局申请工商登记。登记主管机关应当在受理申请后 30 日内，做出核准登记或者不给予核准登记的决定。申请开业登记的外国投资者，经登记主管机关核准登记注册并领取营业执照后企业即告成立。外资企业的营业执照签发日期，为该企业成立日期。

3、外资企业的注册资本和外国投资者的出资

外资企业的注册资本是指为设立外资企业在工商行政管理机关登记的资本总额，即外国投资者认缴的全部出资额。外资企业的注册资本要与其经营规模相适应，注册资本与投资总额的比例应当符合中国的有关规定，目前参照中外合资经营企业的有关规定执行。

外资企业在经营期限内不得减少其注册资本。外资企业注册资本的增加、转让，必须经审批机关批准，并向工商行政管理机关办理变更登记手续。外资企业将其财产或者权益对外抵押、转让，必须经审批机关批准，并向工商行政管理机关备案。

外国投资者的出资

（1）外国投资者的出资方式。外国投资者可以用可自由兑换的外币出资，也可以用机器设备工业产权、专有技术等作价出资。经审批机关批准，外国投资者也可以用其从中国境内兴办的其他外商投资企业获得的人民币利润出资。

外国投资者以机器设备作价出资的，该机器设备必须符合下列要求：（1）外资企业生产所必需的；（2）中国不能生产的，或者虽能生产，但在技术性能或者供应时间上不能保证需要的。外国投资者以工业产权、专有技术作价出资的，该工业产权、专有技术必须符合下列要求：（1）外国投资者自己所拥有的；（2）能生产中国急需的新产品或者出口适销产

品的。该工业产权、专有技术的作价应当与国际上通常的作价原则相一致，其作价金额不得超过外资企业注册资本的20%。

（2）外国投资者的出资期限。外国投资者缴付出资的期限应当在设立外资企业申请书和外资企业章程中载明。外国投资者可以分期缴付出资，但最后一期出资应当在营业执照签发之日起3年内缴清。其中第一期出资不得少于外国投资者认缴的出资额的15%，并应当在外国企业营业执照签发之日起90天内缴清。

外国投资者未能在外资企业营业执照签发之日起90天内缴付第一期出资的，或者无正当理由逾期30天不缴付其他各期出资的，外资企业批准证书即自动失效。外资企业应当向工商行政管理机关办理注销登记手续，缴销营业执照；不办理注销登记手续和缴销营业执照的，由工商行政管理机关吊销其营业执照，并予以公告。

外国投资者有正当理由要求延期出资的，应当经审批机关同意，并报工商行政管理机关备案。

外国投资者缴付每期出资后，外资企业应当聘请中国的注册会计师验证，并出具验资报告，报审批机关和工商行政管理机关备案。

4、外资企业的组织形式、组织机构和经营管理

根据《外资企业法》及其实施细则的规定，外资企业的组织形式为有限责任公司，经批准也可以为其他责任形式。外资企业为有限责任公司的，外国投资者以其认缴的出资额为限，外资企业以其全部资产对其债务承担责任。外资企业为其他责任形式的，外国投资者对企业的责任适用有关中国法律和法规的规定。

外资企业的组织机构可以由外国投资者根据企业不同的经营内容、经营规模、经营方式，本着精简、高效、科学合理的原则自行设置，中国政府不加干涉。按照国际惯例，设立外资企业的权力机构应遵循资本占有权同企业控制权相统一的原则，即外国企业的最高权力机构由资本持有者组成。

外资企业应根据其组织形式设立董事会并推选出董事长，同时向审批机关申报备案。董事长是企业的法定代表人。

外资企业的经营管理

（1）外资企业的生产经营管理。外资企业自行制定和执行生产经营计划，该计划应报其所在地行业主管部门备案。

外资企业有权自行决定购买本企业自用的机器设备、原材料等物资，既可以在中国购买，也可以在国际市场购买。外资企业在中国购买物资，在同等条件下，享受与中国企业同等待遇。

外资企业有权自行出口本企业生产的产品，也可以委托中国的外贸公司代销或者委托中国境外的公司代销。外资企业在本企业经营范围内出口本企业生产的、不属于出口许可证管理的产品，海关凭出口合同等有关证件验放。

外资企业进口的物资以及技术劳务的价格，不得高于当时的国际市场同类物资以及技术劳务的正常价格。外资企业出口产品的价格，由其参照当时国际市场价格自行确定，但不得低于合理的出口价格。用高价进口、低价出口等方式逃避税收的，税务机关有权根据税法规定追究其法律责任。

（2）外资企业的土地使用管理。外资企业的用地，由其所在地县级或者县级以上地方人民政府审核安排。外资企业应在营业执照签发之日起 30 日内，持批准证书和营业执照到所在地县级或者县级以上地方人民政府的土地管理部门办理土地使用手续，领取土地使用证书。土地使用证书为外资企业使用土地的法律凭证。

外资企业的土地使用年限，与经批准的该外资企业的经营期限相同。外资企业在经营期限内未经批准，其土地使用权不得转让。

外资企业在领取土地使用证书时，应当向其所在地土地管理部门缴纳土地使用费；使用经过开发的土地，还应当缴付土地开发费。

（3）外资企业的财务会计管理。外资企业应当按照国家统一的财务会计制度，并根据中国有关法律和财务会计制度的规定，制定适合本企业的财务会计制度，报当地财政、税务机关备案。

外资企业的年度会计报表应当聘请中国的注册会计师进行验资并出具报告。外资企业的年度会计报表，连同中国注册会计师出具的报告，应当在规定的时间内报送财政、税务机关，并报审批机关和工商行政管理机关备案。

（4）外资企业的劳动管理。外资企业应当依照中国的法律、行政法规的规定在中国境内雇用职工并签订劳动合同。合同中应当订明雇用、辞退、报酬、福利、劳动保护、劳动保险等事项。

外资企业应当负责职工的业务、技术培训，建立考核制度，使职工在生产、管理技能方面能够适应企业的生产与发展的需要。

外资企业的职工有权建立工会组织，开展工会活动。企业研究决定有关职工奖惩、工资制度、生活福利、劳动保护和劳动保险等问题时，工会代表有权列席会议。企业应当听取工会的意见，与工会充分合作。

5、外资企业的期限、终止和清算

根据《外资企业法》及其实施细则的规定，外资企业的经营期限，根据不同行业和企业的具体情况，由外国投资者在设立外资企业的申请书中拟订，经审批机关批准。外资企业的经营期限，从其营业执照签发之日起计算。

外资企业经营期限届满需要延长经营期限的，应当在距经营期满 180 天前向审批机关报送延长经营期限的申请书，审批机关应当在收到申请书之日起 30 天内决定批准或者不批准。外资企业经批准延长经营期限的，应当自收到批准延长期限的文件之日起 30 天内，向工商行政管理机关办理变更登记手续。

根据《外资企业法》的规定，外资企业有下列情形之一的，应予终止：（1）经营期限届满；（2）经营不善，严重亏损，外国投资者决定解散；（3）因自然灾害、战争等不可抗力而遭受严重损失，无法继续经营；（4）破产；（5）违反中国的法律、法规，危害社会公共利益被依法解散；（6）外资企业章程规定的其他解散事由已经出现。

外资企业若存在上述第（2），（3），（6）项情形，应当自行提交终止申请书，报审批机关核准。审批机关作出核准的日期为企业的终止日期。

外资企业终止后，应当进行清算。外资企业除因破产或者依法撤销而予终止的，应当在终止之日起 15 日内对外公告通知债权人，并在终止公告发出之日起 15 日内提出清算程序、原则和清算委员会人选，报审批机关审核后进行清算。

清算委员会应由外资企业的法定代表人、债权人代表以及有关主管机关的代表组成，并聘请中国的注册会计师、律师参加。

外资企业清算结束之前，外国投资者不得将该企业的资金汇出或者携带出中国境外，不得自行处理企业财产。外资企业清算结束，其资产净额或剩余财产超过注册资本的部分视同利润，应当依照中国税法的规定缴纳所得税。外资企业清算处理财产时，在同等条件下，中国的企业或其他经济组织有优先购买权。

外资企业清算结束，应当向工商行政管理机关办理注销登记手续，缴销营业执照。

外资企业因破产终止的，参照中国法律、法规的规定进行清算。外资企业被依法解散的，依照中国有关的规定进行清算。

第三节　破产法

一、概述

破产法上关于破产的定义是当债务人不能以其财产清偿到期债务时，法院对债务人的总财产进行概括的强制执行，以使全体债权人获得公平清偿的程序。

破产是一种概括的执行程序，目的在于剥夺不能清偿到期债务的债务人对其全部财产的管理处分权，让全体债权人取得公平受偿的机会。它有以下特征：破产是一种法定偿债手段。当债务人不能清偿到期债务时，如何分配债务人的财产，如何满足多个债权人的清偿要求，非有法律之特别规定，一般的民事诉讼程序或者执行程序，难以解决这样的问题。所以，法律特别规定有可资利用的专门程序，破产程序即为其一。破产以债务人不能清偿到期债务为前提。债务人不能清偿到期债务，是破产之原因，破产只不过是对债务人不能清偿到期债务的事实予以法律确认，即通过法院的司法裁决承认债务人事实上的破产状态。破产以公平清偿债权为宗旨。债务人不能清偿到期债务时，利用破产程序可以合理地协调多数债权人之间就债务人的有限财产如何受偿的利益冲突，使债权人共同分担损失和共同享受利益，即同一顺序的债权人地位平等和受偿机会均等。破产是一种特殊的执行程序。首先，作为一种执行程序，破产程序处于法院的严格控制下，非有法律之特别规定，其他任何人或者机构都不能处分或者执行破产人的财产。其次，破产程序优先于个别民事执行程序，在破产程序开始后，必须中止对债务人财产的民事执行程序，所有的无财产担保的债权人均须通过破产程序行使权利。最后，破产程序是对债务人全部财产与经济关系进行的彻底清算，在做出破产宣告的情况下将终结债务人的经营业务，并使债务人丧失民事主体资格。

中国的破产法由普通规范与特殊规范组成。普通规范主要指破产案件中一般破产主体所适用的程序性及实体性的法律规范，主要指由中华人民共和国第 10 届全国人民代表大会常务委员会第 23 次会议于 2006 年 8 月 27 日通过，自 2007 年 6 月 1 日起施行的《中华人民共和国企业破产法》。特殊规范主要指由于破产主体的特殊性和经济发展的特殊需要而制定的法规。

二、破产案件的申请与受理

（一）破产程序的适用范围

中国《破产法》第 2 条规定，企业法人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的，依照破产法规定清理债务。企业法人有上述规定情形，或者有明显丧失清偿能力可能的，可以依照破产法规定进行重整。

破产法还规定了依照该法进行的破产程序所发生的域外效力，首次明确了破产程序对债务人域外财产具有的法律效力。具体内容为，破产法对债务人在中华人民共和国领域外的财产发生效力。对外国法院作出的发生法律效力的破产案件的判决、裁定，涉及债务人在中华人民共和国领域内的财产，申请或者请求法院承认和执行的，法院依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则进行审查，认为不违反中华人民共和国法律的基本原则，不损害国家主权、安全和社会公共利益，不损害中华人民共和国领域内债权人的合法权益的，裁定承认和执行。

（二）破产界限

破产界限又称破产原因，是指破产程序所依据的特定法律条件或者法律事实，国际上通行的规定有复合规定和单一规定两种，复合规定要求企业法人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务。单一规定要求企业法人不能清偿到期债务，并且明显缺乏清偿能力。中国破产法采用了复合规定和单一规定并存的方式。《破产法》第 2 条规定，企业法人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的，依照本法规定清理债务。企业法人有前款规定情形，或者有明显丧失清偿能力可能的，可以依照本法规定进行重整。

（三）破产案件的申请

根据《破产法》第 7 条规定，债务人可以向法院提出重整、和解或者破产清算申请。债务人不能清偿到期债务，债权人可以向人民法院提出对债务人进行重整或者破产清算的申请。企业法人已解散但未清算或者未清算完毕，资产不足以清偿债务的，依法负有清算责任的人应当向人民法院申请破产清算。向人民法院提出破产申请，应当提交破产申请书和有关证据。破产申请书应当载明下列事项：申请人、被申请人的基本情况；申请目的；申请的事实和理由；人民法院认为应当载明的其他事项（第 8 条第 1 款）。

1、债权人申请。提出破产申请的债权人的请求权必须具备以下条件：须为具有给付内容的请求权；须为法律上可强制执行的请求权；须为已到期的请求权。债权人申请债务人破

产，应当向法院提交的材料有债权发生的事实与证据，债权性质、数额、有无担保，并附证据，债务人不能清偿到期债务的证据。

2、债务人申请。债务人申请自己破产，要符合两个条件：一是不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的；二是有明显丧失清偿能力可能的。向法院提出破产申请，应当提交破产申请书和有关证据。破产申请书应当载明下列事项：申请人、被申请人的基本情况；申请目的；申请的事实和理由；法院认为应当载明的其他事项。债务人提出申请的，还应当向人民法院提交财产状况说明、债务清册、债权清册、有关财务会计报告、职工安置预案以及职工工资的支付和社会保险费用的缴纳情况（第 8 条第 2 款）。

（四）破产案件的管辖

根据中国企业破产法和民事诉讼法的规定，企业破产案件由债务人住所地法院管辖（第 3 条）。关于破产案件的级别管辖，基层法院一般管辖县、县级市或者区的工商行政管理机关核准登记企业的破产案件；中级法院一般管辖地区、地级市（含本级）以上的工商行政管理机关核准登记企业的破产案件；纳入国家计划调整的企业的破产案件，由中级法院管辖。上级法院有权审理下级法院管辖的企业破产案件，也可以将本院管辖的企业破产案件移交下级法院审理。下级法院管辖的企业破产案件，认为需要由上级法院审理的，可以报请上级法院审理。省、自治区、直辖市范围内因特殊情况需对个别企业破产案件的地域管辖作调整的，必须经共同的上级法院批准。

（五）破产案件的受理

破产案件的受理，又称立案，是指法院在收到破产案件申请后，认为申请符合法定条件而予以接受，并由此开始破产程序的司法行为。法院裁定受理破产申请，是破产程序开始的标志。

债权人提出破产申请的，人民法院应当自收到申请之日起 5 日内通知债务人。债务人对申请有异议的，应当自收到人民法院的通知之日起 7 日内向人民法院提出。人民法院应当自异议期满之日起 10 日内裁定是否受理。除前款规定的情形外，人民法院应当自收到破产申请之日起 15 日内裁定是否受理。有特殊情况需要延长前两款规定的裁定受理期限的，经上一级人民法院批准，可以延长 15 日（第 10 条）。

人民法院受理破产申请的，应当自裁定作出之日起 5 日内送达申请人。债权人提出申请的，人民法院应当自裁定作出之日起 5 日内送达债务人。债务人应当自裁定送达之日起 15

日内，向人民法院提交财产状况说明、债务清册、债权清册、有关财务会计报告以及职工工资的支付和社会保险费用的缴纳情况（第 11 条）。

人民法院裁定不受理破产申请的，应当自裁定作出之日起 5 日内送达申请人并说明理由。申请人对裁定不服的，可以自裁定送达之日起 10 日内向上一级人民法院提起上诉。人民法院受理破产申请后至破产宣告前，经审查发现债务人不符合本法第 2 条规定情形的，可以裁定驳回申请。申请人对裁定不服的，可自裁定送达之日起 10 日以内向上一级人民法院提起上诉（第 12 条）。

人民法院裁定受理破产申请的，应当同时指定管理人（第 13 条）。

人民法院应当自裁定受理破产申请之日起 25 日内通知已知债权人，并予以公告。通知和公告应当载明下列事项：申请人、被申请人的名称或者姓名；人民法院受理破产申请的时间；申报债权的期限、地点和注意事项；管理人的名称或者姓名及其处理事务的地址；债务人的债务人或者财产持有人应当向管理人清偿债务或者交付财产的要求；第一次债权人会议召开的时间和地点；人民法院认为应当通知和公告的其他事项（第 14 条）。

自人民法院受理破产申请的裁定送达债务人之日起至破产程序终结之日，债务人的有关人员承担下列义务：妥善保管其占有和管理的财产、印章和账簿、文书等资料；根据人民法院、管理人的要求进行工作，并如实回答询问；列席债权人会议并如实回答债权人的询问；未经人民法院许可，不得离开住所地；不得新任其他企业的董事、监事、高级管理人员。前款所称有关人员，是指企业的法定代表人；经人民法院决定，可以包括企业的财务管理人员和其他经营管理人员（第 15 条）。

人民法院受理破产申请后，债务人对个别债权人的债务清偿无效（第 16 条）。

人民法院受理破产申请后，债务人的债务人或者财产持有人应当向管理人清偿债务或者交付财产。债务人的债务人或者财产持有人故意违反前款规定向债务人清偿债务或者交付财产，使债权人受到损失的，不免除其清偿债务或者交付财产的义务（第 17 条）。

人民法院受理破产申请后，管理人对破产申请受理前成立而债务人和对方当事人均未履行完毕的合同有权决定解除或者继续履行，并通知对方当事人。管理人自破产申请受理之日起 2 个月内未通知对方当事人，或者自收到对方当事人催告之日起 30 日内未答复的，视为解除合同。管理人决定继续履行合同的，对方当事人应当履行；但是，对方当事人有权要求管理人提供担保。管理人不提供担保的，视为解除合同（第 18 条）。

人民法院受理破产申请后，有关债务人财产的保全措施应当解除，执行程序应当中止（第 19 条）。

人民法院受理破产申请后，已经开始而尚未终结的有关债务人的民事诉讼或者仲裁应当中止；在管理人接管债务人的财产后，该诉讼或者仲裁继续进行（第 20 条）。

人民法院受理破产申请后，有关债务人的民事诉讼，只能向受理破产申请的人民法院提起（第 21 条）。

三、破产管理人

破产程序开始后，有必要设立中立的专门机构来执行破产程序管理特别是破产财产和事务的管理。这种专门机构就是国际上普遍设立的破产管理人。

（一）破产管理人的选任

管理人由法院指定。债权人会议认为管理人不能依法、公正执行职务或者有其他不能胜任职务情形的，可以申请法院予以更换（第 22 条）。

管理人可以由有关部门、机构的人员组成的清算组或者依法设立的律师事务所、会计师事务所、破产清算事务所等社会中介机构担任。人民法院根据债务人的实际情况，可以在征询有关社会中介机构的意见后，指定该机构具备相关专业知识并取得执业资格的人员担任管理人。有下列情形之一的，不得担任管理人：因故意犯罪受过刑事处罚；曾被吊销相关专业执业证书；与本案有利害关系；人民法院认为不宜担任管理人的其他情形。个人担任管理人的，应当参加执业责任保险（第 24 条）。

（二）破产管理人的职责

破产管理人作为管理、处分破产财产的法定机关，其职责是指破产管理人在破产程序中依法享有的权利和承担的义务。破产管理人独立完成破产财产的保管、清理、估价、处理、分配事务，但必须对法院负责并报告工作，并受债权人会议的监督。管理人履行下列职责：接管债务人的财产、印章和账簿、文书等资料；调查债务人财产状况，制作财产状况报告；决定债务人的内部管理事务；决定债务人的日常开支和其他必要开支；在第一次债权人会议召开之前，决定继续或者停止债务人的营业；管理和处分债务人的财产；代表债务人参加诉讼、仲裁或者其他法律程序；提议召开债权人会议；人民法院认为管理人应当履行的其他职责。本法对管理人的职责另有规定的，适用其规定（第 25 条）。

（三）破产管理人的义务

管理人应当勤勉尽责，忠实执行职务（第 27 条）。管理人依照破产法的规定，在执行职务时，应当最大限度地维护债务人财产和全体债权人的利益，不欺瞒，不谋私利。以善良

管理人的注意，认真、谨慎、合理、高效地处理事务，不疏忽，不懈怠。依照破产法的规定，管理人依法执行职务，向人民法院报告工作，并接受债权人会议和债权人委员会的监督。管理人应当列席债权人会议，向债权人会议报告职务执行情况，并回答询问（第 23 条）。管理人没有正当理由不得辞去职务。管理人辞去职务应当经人民法院许可（第 29 条）。

四、债权人会议和债权人委员会

（一）债权人会议

1、债权人会议的法律地位。债权人会议是全体债权人参加破产程序并集体行使权利的决议机构。从性质上讲，债权人会议是债权人团体在破产程序中的意思发表机关。也就是说，债权人会议的职能是要使全体债权人能够作为一个整体，就他们的权利行使和权利处分作出共同的意思表示，并为维护他们的共同利益而采取必要的行动。所以，债权人会议本质上是一个组织体，而不是临时的集会活动。全体债权人通过债权人会议，对破产程序进行中涉及债权人利益的各重大事项作出决定，并监督破产财产管理和分配的一系列权利，以及保障这些权利实现的有关程序制度。实行债权人自治，是破产法的一项重要原则。

2、债权人会议的组成。依法申报债权的债权人皆为债权人会议的成员，都有权参加债权人会议，债权人会议成员分为有表决权的成员与无表决权的成员两部分。

（1）有表决权的债权人。这是指有权出席债权人会议和发表意见，并有权对债权人会议决议事项投票表达个人意志的债权人。凡是依法申报债权的债权人，除了存在法律规定无表决权的情形者外，都享有表决权（第 59 条第 1 款）。有表决权的债权人分为两种情况。一是对所有的表决事项都有表决权的债权人；二是对部分表决事项有表决权的债权人。这是指有财产担保而未放弃优先受偿权利的债权人，对于通过和解协议的决议和通过破产分配方案的决议，不享有表决权。

（2）无表决权的债权人。这是指有权出席债权人会议和发表意见，但无权对债权人会议决议事项投票表达个人意志的债权人。主要包括：第一，债权尚未确定，而法院未能为其行使表决权而临时确定债权额的，不得行使表决权（第 59 条第 2 款）；第二，债权附有停止条件，其条件尚有待成就的，或者债权附有解除条件，其解除条件已成就的，不享有表决权；第三，尚未代替债务人清偿债务的保证人或者其他连带债务人，不享有表决权。

3、债权人会议的召集。第一次债权人会议由人民法院召集，自债权申报期限届满之日起 15 日内召开。以后的债权人会议，在人民法院认为必要时，或者管理人、债权人委员会、占债权总额四分之一以上的债权人向债权人会议主席提议时召开（第 62 条）。召开债权人会议，管理人应当提前 15 日通知已知的债权人（第 63 条）。

4、债权人会议的职权。中国《破产法》第 61 条规定，债权人会议行使下列职权：核查债权；申请人民法院更换管理人，审查管理人的费用和报酬；监督管理人；选任和更换债权人委员会成员；决定继续或者停止债务人的营业；通过重整计划；通过和解协议；通过债务人财产的管理方案；通过破产财产的变价方案；通过破产财产的分配方案；人民法院认为应当由债权人会议行使的其他职权。

5、债权人会议的决议。债权人会议的决议，由出席会议的有表决权的债权人过半数通过，并且其所代表的债权额占无财产担保债权总额的二分之一以上。但是，本法另有规定的除外。债权人认为债权人会议的决议违反法律规定，损害其利益的，可以自债权人会议作出决议之日起 15 日内，请求人民法院裁定撤销该决议，责令债权人会议依法重新作出决议。债权人会议的决议，对于全体债权人均有约束力（第 64 条）。债权人会议应当对所议事项的决议作成会议记录（第 61 条第 2 款）。

（二）债权人委员会

债权人会议可以决定设立债权人委员会。债权人委员会由债权人会议选任的债权人代表和 1 名债务人的职工代表或者工会代表组成。债权人委员会成员不得超过 9 人。债权人委员会成员应当经人民法院书面决定认可（第 67 条）。债权人委员会行使下列职权：监督债务人财产的管理和处分；监督破产财产分配；提议召开债权人会议；债权人会议委托的其他职权。债权人委员会执行职务时，有权要求管理人、债务人的有关人员对其职权范围内的事务作出说明或者提供有关文件。管理人、债务人的有关人员违反本法规定拒绝接受监督的，债权人委员会有权就监督事项请求人民法院作出决定；人民法院应当在 5 日内作出决定（第 68 条）。

管理人实施下列行为，应当及时报告债权人委员会：涉及土地、房屋等不动产权益的转让；探矿权、采矿权、知识产权等财产权的转让；全部库存或者营业的转让；借款；设定财产担保；债权和有价证券的转让；履行债务人和对方当事人均未履行完毕的合同；放弃权利；担保物的取回；对债权人利益有重大影响的其他财产处分行为。未设立债权人委员会的，管理人实施前款规定的行为应当及时报告人民法院（第 69 条）。

五、重整与和解

（一）重整

重整是破产法引入的一个重要程序。重整制度是在企业无力偿债的情况下，依照法律规定的程序，保护企业继续经营，实现债务清理和企业调整，使之摆脱困境的再建性债务清理制度。

1、重整的申请与受理。债务人或者债权人可以依照本法规定，直接向人民法院申请对债务人进行重整。债权人申请对债务人进行破产清算的，在人民法院受理破产申请后、宣告债务人破产前，债务人或者出资额占债务人注册资本十分之一以上的出资人，可以向人民法院申请重整（第 70 条）。

法院经审查认为重整申请符合破产法规定的，应当裁定债务人重整，并予以公告（第 71 条）。自法院裁定债务人重整之日起至重整程序终止，为重整期间（第 72 条）。

2、重整计划。重整计划是重整程序中最重要的法定文件。它是债务人、债权人和其他利害关系人在协商基础上就债务清偿和企业拯救作出的安排。

（1）重整计划的制订。债务人自行管理财产和营业事务的，由债务人制作重整计划草案。管理人负责管理财产和营业事务的，由管理人制作重整计划草案（第 80 条）。重整计划草案应当包括下列内容：债务人的经营方案；债权分类；债权调整方案；债权受偿方案；重整计划的执行期限；重整计划执行的监督期限；有利于债务人重整的其他方案（第 81 条）。

（2）重整计划的通过。人民法院应当自收到重整计划草案之日起 30 日内召开债权人会议，对重整计划草案进行表决（第 84 条第 1 款）。下列各类债权的债权人参加讨论重整计划草案的债权人会议，依照下列债权分类，分组对重整计划草案进行表决：对债务人的特定财产享有担保权的债权；债务人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用；债务人所欠税款；普通债权。人民法院在必要时可以决定在普通债权组中设小额债权组对重整计划草案进行表决（第 82 条）。出席会议的同一表决组的债权人过半数同意重整计划草案，并且其所代表的债权额占该组债权总额的三分之二以上的，即为该组通过重整计划草案。
债务人或者管理人应当向债权人会议就重整计划草案作出说明，并回答询问（第 84 条第 2、3 款）。债务人的出资人代表可以列席讨论重整计划草案的债权人会议。重整计划草案涉及出资人权益调整事项的，应当设出资人组，对该事项进行表决（第 85 条）。各表决组均通过重整计划草案时，重整计划即为通过。自重整计划通过之日起 10 日内，债务人或者

管理人应当向人民法院提出批准重整计划的申请。人民法院经审查认为符合本法规定的，应当自收到申请之日起 30 日以内裁定批准，终止重整程序，并予以公告（第 86 条）。

（3）重整计划的执行。重整计划由债务人负责执行。人民法院裁定批准重整计划后，已接管财产和营业事务的管理人应当向债务人移交财产和营业事务（第 89 条）。自人民法院裁定批准重整计划之日起，在重整计划规定的监督期内，由管理人监督重整计划的执行。在监督期内，债务人应当向管理人报告重整计划执行情况和债务人财务状况（第 90 条）。监督期届满时，管理人应当向人民法院提交监督报告。自监督报告提交之日起，管理人的监督职责终止（第 91 条）。

（4）重整计划的终止。债务人不能执行或者不执行重整计划的，人民法院经管理人或者利害关系人请求，应当裁定终止重整计划的执行，并宣告债务人破产。人民法院裁定终止重整计划执行的，债权人在重整计划中作出的债权调整的承诺失去效力。债权人因执行重整计划所受的清偿仍然有效，债权未受清偿的部分作为破产债权。前款规定的债权人，只有在其他同顺位债权人同自己所受的清偿达到同一比例时，才能继续接受分配。有本条第一款规定情形的，为重整计划的执行提供的担保继续有效（第 93 条）。按照重整计划减免的债务，自重整计划执行完毕时起，债务人不再承担清偿责任（第 94 条）。在重整期间，有下列情形之一的，经管理人或者利害关系人请求，人民法院应当裁定终止重整程序，并宣告债务人破产：债务人的经营状况和财产状况继续恶化，缺乏挽救的可能性；债务人有欺诈、恶意减少债务人财产或者其他显著不利于债权人的行为；由于债务人的行为致使管理人无法执行职务（第 78 条）。

（二）和解

1、和解的申请与受理。债务人可以依照本法规定，直接向人民法院申请和解；也可以在人民法院受理破产申请后、宣告债务人破产前，向人民法院申请和解。债务人申请和解，应当提出和解协议草案（第 95 条）。人民法院经审查认为和解申请符合本法规定的，应当裁定和解，予以公告，并召集债权人会议讨论和解协议草案。对债务人的特定财产享有担保权的权利人，自人民法院裁定和解之日起可以行使权利（第 96 条）。

2、和解协议

（1）和解协议的制定与通过。和解协议由债务人和全体和解债权人签订，具体内容包括：清偿债务的财产来源；清偿债务的办法；清偿债务的期限等。债权人会议通过和解协议的决议，由出席会议的有表决权的债权人过半数同意，并且其所代表的债权额占无财产担保债权总额的三分之二以上（第 97 条）。

（2）和解协议的执行。和解协议生效以后，破产程序被中止，对债务人的财产保全也被解除，原有的债权债务关系变更为和解债权债务关系。和解债权人未依照本法规定申报债权的，在和解协议执行期间不得行使权利；在和解协议执行完毕后，可以按照和解协议规定的清偿条件行使权利（第 100 条第 3 款）。

（3）和解协议的终止。和解执行完毕，以和解协议规定的清偿义务完全履行为标志。和解执行完毕的法律效果就是剩余债务的自动免除。《破产法》规定，债务人应当按照和解协议规定的条件清偿债务（第 102 条）。债务人不能执行或者不执行和解协议的，人民法院经和解债权人请求，应当裁定终止和解协议的执行，并宣告债务人破产（第 104 条）。

六、破产清算

破产清算主要包括破产宣告、破产财产的变价和分配、破产程序的终结 3 个阶段。

（一）破产宣告

破产宣告，就是法院对债务人具备破产原因的事实作出有法律效力的认定。《破产法》第 107 条第 1 款规定，法院依照破产法规定宣告债务人破产的，应当自裁定作出之日起 5 日内送达债务人和管理人，自裁定作出之日起 10 日内通知已知债权人，并予以公告。按照司法解释，法院宣告企业破产，应当公开进行，应当通知债权人、债务人到庭，当庭宣告裁定。拒不到庭的，不影响裁定的效力，在破产宣告后，债权人或者债务人对破产宣告有异议的，可以在法院宣告企业破产之日起 10 日内，向上一级法院申诉。上一级法院应当组成合议庭进行审理，并在 30 日内作出裁定。破产法规定，债务人被宣告破产后，债务人称为破产人，债务人财产称为破产财产，法院受理破产申请时对债务人享有的债权称为破产债权（第 107 条第 2 款）。债务人丧失对财产和事务的管理权，债务人的财产和事务必须全部置于管理人的控制之下。对债权人来说，破产宣告使他们获得了行使权利的特别许可。

（二）破产财产

1、破产财产的组成。破产财产是指破产宣告后，为保证破产分配的顺利进行，依法由破产管理人组织和管理的破产人的全部财产。具体包括：宣告破产时，破产企业拥有的全部财产；破产企业在破产宣告后至破产程序终结前所取得的财产；破产企业作为担保物的财产，其价格超过所担保债权数额部分财产，破产企业的其他财产权利。在企业破产时，存在一些处于破产企业合法占有之下，但并非破产企业财产的财产，所以破产企业的财产只有经过权利人行使了相应的权利，才可以成为破产财产。

2、取回权、抵消权、别除权、否认权的行使

（1）取回权。取回权是指当破产清算人接管的破产人的财产中有不属于破产财产的他人财产时，该财产的权利人所享有的不依破产程序而取回其财产的权利。破产取回权是一种民事实体法上的请求权，其基础是财产所有权及其他物权。取回权具有以下法律特征：第一，取回权的标的物非属破产人所有。取回权的标的物不属于破产人的财产，而是取回权人自己的财产。这是取回权与别除权的区别所在。第二，取回权是对特定物的返还请求权。就是说，取回权须以被请求人占有其财产的事实为前提，以特定物为请求标的，以该物的原物返还为请求内容。如果该物已经灭失或者毁损，或者已有效地转让与他人，则只能请求损害赔偿。第三，取回权以所有权及其他物权为基础。取回权的发生依据是物权关系而非债的关系，故对清算人占有的财产不享有所有权及其他物权的人，不得主张取回权。第四，取回权是破产清算程序中行使的特别请求权。取回权人行使取回权，虽然无须依破产程序申报，但必须于破产宣告后对破产清算人为之。

（2）别除权。别除权是指债权人不依破产程序，就破产人的特定财产单独优先受偿的权利。它是基于破产宣告前已存在于破产人特定财产上的担保物权而产生的一种权利。中国“有财产担保的债权”。别除权具有以下法律特征：第一，别除权以破产人的特定财产为标的物。第二，别除权以担保物权为基础权利。担保物权依中国担保法的规定，包括抵押权、质权和留置权三种。只有对破产人的财产或者权利享有抵押权、质权和留置权的债权人，才能作为别除权人。第三，别除权是不依破产程序行使的权利。别除权的内容，就是别除权人有权就担保物优先受偿。第四，别除权标的物不计入破产财产。

（3）抵消权。抵消权是指破产债权人在破产宣告前对破产人负有债务的，不论其债权与所负债务的种类是否相同，债权是否已到清偿期，均可以于破产分配前以破产债权抵消其所负债务的权利。破产法上的抵消权具有以下特征：第一，享有抵消权的人只能是破产债权人。第二，与破产债权相抵消的债务须为破产债权人于破产宣告前对债务人所负的债务。破产宣告后，破产债权人对破产财产所负的债务，必须全部履行，不得与破产债权相抵消。第三，用于抵消的债权和债务不受种类和期限的限制。

（4）否认权。否认权，又称撤销权，是指破产清算人对于破产人在破产宣告前一定期限内所为的有害于破产债权人利益的行为所享有的，请求法院予以撤销的权利。否认权是破产宣告无溯及主义立法的产物。破产法上的否认权的特征表现在：第一，否认权的主体是破产清算人。破产宣告后，破产人即丧失对破产财产的管理处分权，破产财产的管理和处分交

由破产清算人进行。因而否认权自然应归破产清算人行使。第二，否认权所撤销的行为只能发生在破产程序开始前法律规定的期间内。

3、破产财产的分配

（1）破产财产的分配顺序。《破产法》第 113 条规定，破产财产在优先清偿破产费用和共益债务后，依照下列顺序清偿：破产人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠应划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金；破产人欠缴的除前项规定以外的社会保险费用和破产人所欠税款；普通破产债权。破产财产不足以清偿同一顺序的清偿要求的，按照比例分配。破产企业的董事、监事和高级管理人员的工资按照该企业职工的平均工资计算。

（2）破产费用和共益债务的范围。破产费用是指破产程序开始后，为破产程序的进行以及为全体债权人的共同利益而从债务人财产中优先支付的费用。人民法院受理破产申请后发生的下列费用，为破产费用：破产案件的诉讼费用；管理、变价和分配债务人财产的费用；管理人执行职务的费用、报酬和聘用工作人员的费用（第 41 条）。人民法院受理破产申请后发生的下列债务，为共益债务：因管理人或者债务人请求对方当事人履行双方均未履行完毕的合同所产生的债务；债务人财产受无因管理所产生的债务；因债务人不当得利所产生的债务；为债务人继续营业而应支付的劳动报酬和社会保险费用以及由此产生的其他债务；管理人或者相关人员执行职务致人损害所产生的债务；债务人财产致人损害所产生的债务（第 42 条）。

（3）破产费用和共益债务的清偿。根据《破产法》第 43 条的规定，破产费用和共益债务由债务人财产随时清偿。债务人财产不足以清偿所有破产费用和共益债务的，先行清偿破产费用。债务人财产不足以清偿所有破产费用或者共益债务的，按照比例清偿。债务人财产不足以清偿破产费用的，管理人应当提请人民法院终结破产程序。人民法院应当自收到请求之日起十五日内裁定终结破产程序，并予以公告。

（三）破产程序的终结

破产程序的终结，是指破产程序不可逆转地归于结束。破产程序的终结，可能意味着破产程序预期目标的实现，也可能意味着预期目标的不能实现。破产人无财产可供分配的，管理人应当请求人民法院裁定终结破产程序。管理人在最后分配完结后，应当及时向人民法院提交破产财产分配报告，并提请人民法院裁定终结破产程序。人民法院应当自收到管理人终结破产程序的请求之日起 15 日内作出是否终结破产程序的裁定。裁定终结的，应当予以公告（第 120 条）。管理人应当自破产程序终结之日起 10 日内，持人民法院终结破产程序的

裁定，向破产人的原登记机关办理注销登记（第 121 条）。管理人于办理注销登记完毕的次日终止执行职务。但是，存在诉讼或者仲裁未决情况的除外（第 122 条）。自破产程序依照破产法第 43 条第 4 款或者第 120 条的规定终结之日起 2 年内，有下列情形之一的，债权人可以请求人民法院按照破产财产分配方案进行追加分配：发现有依照破产法法第 31 条、第 32 条、第 33 条、第 36 条规定应当追回的财产的；发现破产人有应当供分配的其他财产的。有前款规定情形，但财产数量不足以支付分配费用的，不再进行追加分配，由人民法院将其上交国库（第 123 条）。破产人的保证人和其他连带债务人，在破产程序终结后，对债权人依照破产清算程序未受清偿的债权，依法继续承担清偿责任（第 124 条）。

第四节　票据法

一、概述

票据是指由出票人签发的，由自己或者委托他人于见票时或者确定的日期，向持票人或者收款人无条件支付一定金额的有价证券。中国票据法上的票据指的是汇票、本票、支票（第 2 条第 2 款）。票据具有以下几个法律特征：

首先，票据是无因证券，票据上的权利人享有票据权利只以持有票据法规定的有效票据为必要。至于票据赖以发生的原因在所不问，所以，票据权利人在行使票据权利时，无需证明取得票据的原因，票据义务人也不得以票据原因关系的瑕疵对抗票据权利的行使。

第二，票据是要式证券，票据法不仅规定了票据必须采用书面形式，而且规定了票据的具体款式以及记载的事项，包括出票、背书、承兑、保证在内的所有票据行为都是在票据上做书写的行为，所有书写的程序及内容，票据法都有严格的规定，如果违反相应规定，就会使得票据行为甚至票据本身无效，所以，票据是严格的要式证券。

第三，票据是文义证券，是指有无票据权利以及票据权利的大小要严格依照票据上所记载的文字所表彰的意思。其他任何的证明都不得对票据所载文义进行补充或者变更。

第四，票据是设权证券，设权证券的特点就是做成证券的目的是为了设定一种新的权利，权利与证券同时产生。票据的出票行为是为了设定票据权利，做成票据并交付给受票人，标志着票据权利的产生，所以票据是设权证券。

第五，票据是流通证券，票据权利是债权，民法上债的让与需要通知债务人，但票据法上票据的转让非常的便捷，不记名票据依交付即可转让票据，记名票据依背书即可转让票据，无需通知债务人，而且票据转让的次数越多，持票人的前手就越多，持票人追索权行使的对象越多，票据的信用程度会越高。所以说票据是流通证券。

票据法是规定票据的种类、形式和内容，明确票据当事人之间的权利义务，调整因票据而发生的各种社会关系的法律规范。票据法具有强行性的特征，票据关系的设定、变更或者消灭，均以法律的规定为行为准则。票据法具有技术性的特征，伦理性是所有法律共有的特征，作为商法重要组成部分的票据法，因为其所调整的票据是作为金钱支付和运用手段而创造出来的，所以必须具有严密而精巧的技术解决方法。所以，票据法兼具伦理性与技术性的双重特征。票据法具有国际性的特征，随着全球经济一体化，国际贸易愈加频繁，金钱支付在时间与空间上的缺陷要依靠票据的采用而克服，票据在国际贸易中的适用需要、适用规则的趋同，不少国家的票据法正在逐渐的统一，所以，票据法具有国际性的特征。中国的票据法是 1995 年 5 月 10 日第 8 届全国人民代表大会常务委员会第 13 次会议通过，根据 2004 年 8 月 28 日第 10 届全国人民代表大会常务委员第 11 次会议《关于修改〈票据法〉的决定》修正的《票据法》。

二、票据法上的法律关系

（一）票据法律关系

基于票据行为而产生的权利义务关系即为票据法律关系，即持有票据的债权人与在票据上签章的债务人之间的权利义务关系。

根据是否随出票行为产生，我们把票据的当事人分为基本当事人与非基本当事人，基本当事人是指随出票行为而产生的当事人，具体包括汇票、支票的出票人、受票人和付款人，本票的出票人和受票人非基本当事人还包括，随背书行为产生的背书人和被背书人，随保证行为而产生的保证人，随承兑行为而产生的承兑人等。

票据法律关系的内容包括票据权利和票据义务，票据权利，是指持票人向票据债务人请求支付票据金额的权利，包括付款请求权和追索权。付款请求权是指持票人对主债务人享有的，要求支付票载金额的票据权利，它是票据权利人的第一次权利，追索权是指当付款请求权无法实现时，持票人对其所有前手享有的支付相应金额的票据权利。票据法对票据权利的行使采用了短期时效，票据权利在下列期限内不行使而消灭：持票人对票据的出票人和承兑

人的权利，自票据到期日起 2 年。见票即付的汇票、本票，自出票日起 2 年；持票人对支票出票人的权利，自出票日起 6 个月；持票人对前手的追索权，自被拒绝承兑或者被拒绝付款之日起 6 个月；持票人对前手的再追索权，自清偿日或者被提起诉讼之日起 3 个月。票据义务主要指票据义务人无条件支付相应票据金额的义务，付款人在付款时的义务包括附随义务与直接义务，附随义务指的是票据义务人在付款时要对票据进行形式审查，当票据记载合格且背书连续时，票据义务人付款即可免除付款责任，直接义务就是面对形式合格的票据时义务人应该无条件付款，且要一次足额付清。

（二）票据基础关系

票据法律关系是基于票据行为而产生的权利义务关系，而票据基础关系是票据行为作出的原因。一般为由民法调整的民事法律关系。具体包括：

1、票据原因关系。票据原因关系指票据的当事人之间交付票据的理由，包括出票人与受票人之间，背书人与被背书人之间因支付货物价款及其他合同的给付事宜以及票据本身的转让的起因，最常见的票据原因有买卖、借贷、赠予、设定担保或者委托等。原因关系可以是有对价的，也可以是无对价的，如买卖、借贷是有对价的，赠予便是无对价的。票据关系的成立虽是基于一定的原因，但是票据一经成立，就与原因关系相脱离。换言之，原因关系的成立与否，都不影响票据权利的行使，票据权利人在行使权利时，也不必证明有票据原因。

2、票据预约关系。票据预约关系是指票据当事人在授受票据之前，就票据的种类、金额、到期日、付款地等事项达成协议而产生的法律关系。它是票据原因关系与票据行为之间的媒介，票据预约是当事人之间就票据权利的获得与给予的一个民事合同，此合同中的权利义务是民法上的权利义务，而不是票据法上的权利义务。所以当发生纠纷需要适用合同法而非票据法。

3、票据资金关系。票据资金关系指汇票出票人和付款人、支票出票人与付款银行或者其他资金义务人所发生的法律关系，也即出票人之所以委托付款人进行付款的原因。一般来说，资金关系的存在或者有效与否，均不影响票据的效力。资金关系虽然存在，付款人拒绝承兑时，不负担付款义务，承兑之后，方成为票据债务人。相反，资金关系不存在，付款人按汇票上的记载，应持票人的请求付款的，出票人对付款人有偿还义务。

三、票据行为

（一）票据行为的概念

票据行为，是指以发生票据权利义务为目的而依照票据法所实施的法律行为。从此概念我们可以分析出，票据行为具备法律行为的一般性质，属于一种法律行为；不同的法律行为有不同的内容，票据法上，行为人实施票据行为，其意思表示中所含效果意思只能是发生票据权利义务，不能是其他目的；票据法实行严格的票据行为要式原则，凡行为不符合法定要式者，为绝对无效。相反，只要具备法定要式，即使其他条件欠缺，票据也可有效。

（二）票据行为的特征

票据行为具有以下特征，其一，票据行为是法定要式行为。票据行为的法定形式具体化为“票据记载事项”。各种票据行为具有其法定记载事项，记载事项之总和即为票据行为之款式。符合法定形式的才发生票据行为的效力。其二，票据行为属无因性行为。票据行为仅以签名加交付为成立要件，实施票据行为的原因对票据行为毫无影响。其三，票据行为以文义确定行为内容。票据行为的内容，仅依票据文义确定，票据法上规定签名人须按票据上记载的事项承担责任，即表明此特点。其四，票据行为是独立生效的法律行为。票据上有数个票据行为的，各个票据行为独立生效，互不影响，一行为的无效，不致使其他有效行为变为无效，有效行为的行为人仍须就票据文义负其责任。票据行为独立原则，是票据法上一个有重大价值的原则，其宗旨为保护票据权利人特别是善意取得票据的第三人，保障票据的安全可靠，促使人们使用票据，以加强票据流通。

（三）票据行为的要件

票据行为的效力要件包括实质要件与形式要件，票据行为的实质要件与一般民法上对民事行为的要件要求大致相同，要求票据行为人必须具有民事权利能力和行为能力、意思表示真实、行为内容不违反法律和社会公共利益、标的适当等。票据行为的实质要件适用民法的规定。票据行为的形式要件主要包括票据的记载事项以及票据的交付。票据行为是要在票据上作相应书写的行为，其所记载的事项总体分为三类：绝对必要记载事项，即必须记载的事项，如果不记载会使得票据行为无效甚至整张票据自始无效；相对必要记载，即可记载可不记载的事项，指记不记载都不会影响票据行为及票据本身的效力；绝对不能记载事项，即必须不能记载的事项，如若记载会致使票据行为甚至是票据本身的自始无效。所谓的交付，是指票据行为人将票据实际交付给相对人持有。如出票人将票据交付给收款人，背书人将票据交付给被背书人等，中国票据法规定，票据行为的有效成立，除应在票据上进行合法记载外，尚需将票据交付才能生效。

（四）票据行为的种类

中国票据法上所包括的票据种类主要包括：汇票的出票、背书、承兑、保证，本票的出票、背书、保证，支票的出票、背书。

1、出票。出票是指出票人做成票据并将其交付给受票人的行为，所以出票行为是阶段性的行为。作为创设票据并创设票据权利的行为，出票行为被称为基本票据行为，出票行为的效力不仅会及于其他票据行为的效力，也会及于票据本身的效力。出票行为完成后，受票人成为第一个票据权利人，而出票人一旦出票就成为票据义务人，从此替此张票据担保承兑与担保付款。

2、背书。背书指的是持票人为了转让票据权利或者将部分票据权利授予他人而在票据的背面或者粘单上做书写的行为。背书行为一旦完成，票据的权利人将会发生改变，受票人将成为新的票据权利人，而原来的票据权利人将成为新的义务主体，从此替此张票据担保承兑与担保付款。

3、承兑。承兑是指汇票的付款人承诺在汇票到期日支付汇票金额的票据行为。在中国只有远期、委付证券才需要承兑，所以本票、支票无承兑制度。只有远期汇票需要承兑，远期汇票的付款人只有做了承兑，才会从原来的关系主体变为义务主体，而且是第一义务主体。而远期汇票的持票人的付款请求权才从一种期待权变为既得权利。

4、保证。保证是指行为人对特定票据债务人的票据债务承担连带责任的票据行为。保证人是原票据权利义务人以外的第三人，保证人一经保证视为对整张票据保证，即对票据担保承兑与担保付款。

四、汇票

（一）汇票概述

1、汇票的概念。汇票是出票人签发的，委托付款人在见票时或者在指定日期无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据（第 19 条第 1 款）。

2、汇票的特征

（1）汇票是委付证券。汇票与本票不同，本票是出票人签发并由本人付款的票据，是自付证券，而汇票是委托第三人付款的证券，所以，出票人在签发票据之后，并不是票据的第一义务人。所以，汇票随着出票行为而产生的基本当事人有三方，出票人、受票人和付款人，而且，汇票的付款人不像同为委付证券的支票，支票的付款人是特定的，只能是出票人开立了账户并进行了支票存款业务的银行，汇票的付款人的选择面要大得多。

（2）汇票的到期日有即期与远期之分。中国票据法规定，中国的本票与支票都是见票即付的短期票据，而汇票却有见票即付的汇票与票据到期日付款的汇票之分，远期汇票的到期日有定日付款、出票后定期付款与见票后定期付款之分。

（3）汇票的金额需确定。汇票上必须记载确定的金额，不能为约数，而且需记载大小写，中国票据法规定，若票据金额记载的大小写不一致，会使得票据无效。

（4）必须有无条件支付的委托。汇票上必须记载“无条件支付”的文句，这一文句不仅代表出票人出票时不能附支付条件，而且，付款人在付款时也不得提支付条件。

3、汇票的分类。汇票同其他法律概念一样，我们可以根据不同的标准将其划分成不同的类别。

（1）根据票据是否记载权利人的姓名，可以把汇票分为记名汇票与不记名汇票。记名汇票是指在票据上记载收款人的姓名的汇票，无记名汇票是指在票据上不记载收款人的姓名，凡持票人都可以享有票据权利，直接向付款人请求承兑和请求付款的汇票。记名汇票与不记名汇票的区别表现在三个方面：其一，记载方式不同，如上所述。其二，转让方式不同，记名汇票需依背书转让票据，而不记名汇票依交付转让即可。其三，主张权利的方式不同，记名票据的权利人若要主张权利，不仅要持有合格的汇票，而且需要持票人要么是汇票正面记载的受票人，要么是连续背书的最后一次背书的被背书人，而不记名票据的权利人只要持有合格票据即可主张权利。汇票作此分类是为了交易的方便，记名式汇票有利于票据的安全，但是在票据流通时可能会稍耽搁时间，以致影响了票据的流通速度和流通次数，但无记名汇票不利于持票人行使追索权，其安全性较差，所以中国的票据法没有采纳无记名汇票方式。

（2）根据汇票付款日期的不同，可以将汇票分为即期汇票和远期汇票。即期汇票是指见票即付的汇票，包括汇票上明确记载“见票即付”字样，票据到期日空白和票据到期日即为出票人三种，即期汇票权利人可以随时行使自己票据权利，在此之前无须提前通知付款人准备履行义务。远期汇票是指汇票上记载了一定的付款日期，在该日期到来之前，持票人不得请求付款的汇票。远期汇票又分为定日付款、出票后定期付款与见票后定期付款三种。定日付款的汇票又称定期汇票，是指票据上记载了确定的付款日期的汇票，例如 2010 年 1 月 1 日出票，票据上记载了票据到期日为 2010 年 10 月 1 日票后定期付款的汇票又称计期汇票，票据上并未注明确定的付款日期，而是自出票日起经过一定的日期为付款日期的汇票，例如，付款日记载为：自出票日起 6 个月。见票后定期付款的汇票又称注期汇票，票据上并未注明确定的付款日期，而是自见票日起经过一定的日期为付款日期的汇票，见票日即为承

兑日。例如，付款日记载为：自见票日起 6 个月。远期汇票是买卖合同中卖方给买方的一种优惠，也是一种信用，这种信用可在市场上转让、贴现、质押，除了付款外还可具有融资和担保功能，对促进交易进行，提高资金周转速度都有比较实用的意义。

（3）根据汇票出票人的不同，将汇票分为银行汇票与商业汇票。

银行汇票是指汇款人将确定的款项交存所选定的银行，由银行签发给汇款人持往异地办理转账结算或者提取现金的票据。在银行汇票制度中，银行是票据的出票人，出票的条件是汇款人须将款项预先存在银行，在存款之后或者存款的同时通知银行将一定的款项转往指定的地点，银行依约将汇票交给汇款人，后者持票往指定银行或者自己选定的银行办理转账或者提取现金。与一般的企业相比，银行的信用更加可靠，银行发出的票据自然也就可靠，成为买卖合同中最受卖方欢迎的票据。商业汇票是由出票人签发的，委托付款人在指定日期无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。按承兑人的不同，分为商业承兑汇票和银行承兑汇票。银行承兑汇票是指银行担保付款的一种汇票，其主要内容是买卖合同中的买方出票，由买方自己或者收款人、持票人，向买方的开户银行申请，银行经审查认为该票据的基础原因真实可靠，并且买方的生产经营正常，信用历史记录良好，遂与买方签订承兑协议，并在票据的正面加盖承兑章，银行就成为票据付款的主债务人。商业承兑汇票是指由买卖合同中的买方或者卖方签发，经付款人（买方）承兑，或者由付款人签发并承兑的汇票。商业承兑汇票是在买卖合同中由买方自己承兑的一种汇票，根据合同约定买方应当支付价款，商业承兑汇票的承兑是买方自己保证自己信用的行为，银行只承担受托付款的责任，一旦出现买方账户资金不足支付时，银行就退回票据，持票人的票据权利便不能实现，所以商业承兑汇票是一种信用程度比较低的票据。

（二）汇票的出票

汇票出票是指出票人签发票据并将其交付给收款人的票据行为（第 20 条）。出票行为由签发汇票与交付给受票人两个阶段行为组成。

1、汇票的绝对必要记载事项。《票据法》第 22 条规定，汇票必须记载下列事项，否则票据将会无效。

（1）表明“汇票”字样。中国的汇票单据均是统一格式，当事人不得自行印制汇票单据，票据法要求表明“汇票”字样，实际上要求出票人必须使用经中国人民银行备案的由商业银行总行统一印制的汇票单据，分为银行汇票、银行承兑汇票和商业承兑汇票三种，不同种类的汇票代表不同程度的信用，当事人在订立合同协商给付条件时对汇票种类必有选择，标明汇票字样实际上就是履行合同给付方式的一个表现。

（2）无条件支付的委托。汇票是出票人委托他人进行付款的票据。为了增强票据的流通性和付款的确定性，使这种委托关系变得单纯，就不得附条件，如果票据在付款时附有条件的话，就会导致票据的无效。在中国，无条件支付的委托也不需要出票人记载而直接由银行事先印制在票据上。

（3）确定的金额。票据是无条件支付确定金额的有价证券，所以，汇票上必须记载确定的金额。首先要求金额要确定，不能是约数，其次记载的金额大小写必须一致。如果不一致会造成票据的自始无效。

（4）付款人名称。汇票是委付证券，所以票据上必须记载付款人的姓名或者名称，付款人被记载在票据上，不当然的使付款人成为票据的义务人，必须经过付款人承兑，付款人才会成为义务人且是第一义务人。

（5）收款人名称。中国票据法明确规定，中国不允许不记名票据的存在，所以，汇票出票时必须记载受票人的名称，收款人的名称必须用全称，不能用简称与代号。

（6）出票日期。汇票出票时必须记载出票日期，是因为出票日期的记载可以据以确定出票后定期付款汇票的付款日，确定即期汇票的票据权利失效日，确定票据出票人出票时是否具有行为能力。中国法律仅要求票据上必须记载出票日期，但不要求记载的出票日期必须是真正的出票日期。

（7）出票人签章。出票人是经过签章加入到票据权利义务关系中去，成为票据义务人。自然人的签章包括签名、盖章、签名加盖章三种形式，如果是法人签章应该是法人的财务专用章加盖法定代表人的签名、盖章或者签名加盖章。如果是银行作为出票人，签章应该是银行的汇票专用章加盖银行负责人的签名、盖章或者签名加盖章。

2、汇票的相对记载事项。《票据法》第 23 条规定，汇票上记载付款日期、付款地、出票地等事项的，应当清楚、明确，因为这些事项关系到票据权利的行使和票据追索权的行使，以及诉讼管辖权的认定等实体权利和程序权利，虽然不是汇票必须记载的内容，但是一旦记载后，即与票据上的其他记载的法律效力相同。如果没有记载，也不会影响票据本身的效力，法律给予了救济手段。汇票上未记载付款日期的，为见票即付。汇票上未记载付款地的，付款人的营业场所、住所或者经常居住地为付款地。汇票上未记载出票地的，出票人的营业场所、住所或者经常居住地为出票地。

3、汇票的绝对不能记载事项。汇票绝对不能记载的事项即是附支付条件，如果在出票时有任何的相关记载，就会使得票据自始无效。

4、出票的效力。汇票的出票最直接的效力就是创设了票据并创设了票据权利。针对不同的当事人还有相应的效力：第一，汇票出票对出票人的效力。出票人一旦做成票据并交付给受票人，从此之后就变成票据义务人，要对其出的票担保承兑和担保付款。第二，汇票出票对付款人的效力，出票行为完成之后，付款人就拥有了付款的资格，他可以选择对汇票进行或者拒绝承兑。第三，汇票出票对受票人的效力，接受汇票的受票人成为了票据的第一个权利人，可以选择票据到期要求付款或者转让票据。

（三）汇票的背书

中国票据法规定不允许不记名的票据存在，中国的票据全是记名票据，所以，所有票据的转让都必须采用背书转让。所谓的背书是指持票人为了转让票据权利或者将部分票据权利授予他人而在票据的背面或者粘单上做书写的行为。

1、背书的相关记载事项。汇票的背书是汇票持票人所为的票据行为，在背书时必须记载的是背书人的签章与对被背书人的记载。这两项如果没有记载就会造成背书行为的无效。相对必要记载事项是背书字样和背书日期，如果没有记载背书字样，视为一般转让背书，如果没有记载背书日期的，视为在汇票到期日前背书。背书如果附条件视为无条件背书。

2、背书的效力。一般转让背书有三大效力：其一，权利让与的效力，汇票一经背书转让，票据权利就从背书人手中转让到被背书人手中，这样的票据权利的转让并不需要通知债务人。其二，权利担保的效力，背书人将票据权利转让给被背书人后，并不从此退出票据权利义务关系，而是成为新的义务人，从此替此张票据担保承兑与担保付款。其三，权利证明的效力，汇票经过背书转让，我们可以判断目前的票据权利人应该是连续背书的最后一次背书的被背书人。

（四）汇票的承兑

承兑是指汇票付款人承诺在到期日支付汇票金额的票据行为，中国票据法规定的三种票据中只有远期汇票才有承兑制度，其目的是明确出票人在汇票中所记载的事项是否为付款人所承认，如果同意承兑，在票据的正面加盖“承兑”印章并签章后，就成为该汇票的主债务人。在此之前付款人只是可能意义上的债务人，一经承兑，他就成为现实意义上的债务人，到期必须无条件地承担支付责任。

1、承兑的原则。承兑要遵守以下原则，其一，自由承兑原则。汇票的付款人可以依自己独立的意思，决定是否进行承兑，不受出票人指定其为付款人的限制。即使付款人与出票人存在一定的资金关系或者依承兑协议，应为汇票进行承兑而未承兑，也只承担票据外责任。其二，完全承兑原则。中国《票据法》第54条规定，付款人必须在持票人提示付款的

当日，足额付款。通过该条的规定，可以认为中国票据法在事实上是否认部分承兑的。这在票据法上称为完全承兑原则。其三，单纯承兑原则。中国《票据法》第 43 条规定，付款人承兑汇票，不得附有条件；承兑如果附有条件的，视为拒绝承兑，不发生承兑的效力。这在票据法上称为单纯承兑原则。

2、提示承兑。提示承兑是指汇票的持票人，向汇票上所载的付款人出示汇票，请求其承诺付款的行为。票据法规定，对于定日付款或者出票后定期付款的汇票，持票人应当在汇票到期日前向付款人提示承兑，见票后定期付款的汇票，持票人应当自出票日起 1 个月内，提示承兑。中国《票据法》第 40 条第 2 款规定，汇票未按规定期限提示承兑的，持票人丧失对其前手的追索权。

3、承兑的程序。付款人对向其提示承兑的汇票，应当自收到提示承兑的汇票之日起 3 日内承兑或者拒绝承兑。付款人在收到提示承兑汇票时，还应当向持票人签发收到汇票的回单。回单上应当记明汇票提示承兑日期并签章。付款人承兑汇票的，应当在汇票正面记载“承兑”字样和承兑日期并签章；见票后定期付款的汇票，应当在承兑时记载付款日期。汇票上未记载承兑日期的，以付款人收到提示承兑汇票之日起第 3 日为承兑日期。付款人承兑汇票不得附条件，如果承兑附条件，视为拒绝承兑。

4、承兑的效力。对于持票人来说，票据一经承兑，持票人票据权利中的付款请求权从一种期待权变成了一种既得权。对于付款人来说，票据一经承兑，付款人从票据关系主体变成了义务主体且为第一义务主体。对于其他义务主体来说，票据一经承兑，其他义务主体免于了因票据被拒绝承兑而引发的期前承兑。

（五）汇票的保证

汇票保证是指汇票除主债务人及连带债务人以外的第三人以承担无条件付款为目的，在汇票上签章及记载必要事项的票据行为，其中担保汇票付款者称为保证人，被担保的汇票债务人称被保证人。

1、票据保证的记载事项。各国票据法都规定，保证行为应按一定的方式进行。中国《票据法》第 46 条规定，保证人必须在汇票或者粘单上记载下列事项：表明“保证”的字样；保证人名称和住所；被保证人的名称；保证日期；保证人签章。保证人在汇票或者粘单上未记载被保证人名称的，承兑人为被保证人；未承兑的汇票，出票人为被保证人。保证人在汇票或者粘单上未记载保证日期，出票日期为保证日期（第 47 条）。保证不得附有条件；附有条件的，不影响对汇票的保证责任（第 48 条）。

2、票据保证的效力。保证人对合法取得汇票的持票人所享有的汇票权利，承担保证责任。但是，被保证人的债务因汇票记载事项欠缺而无效的除外（第 49 条）。被保证的汇票，保证人应当与被保证人对持票人承担连带责任。汇票到期后得不到付款的，持票人有权向保证人请求付款，保证人应当足额付款（第 51 条）。保证人为 2 人以上的，保证人之间承担连带责任（第 51 条）。保证人清偿汇票债务后，可以行使持票人对被保证人及其前手的追索权（第 52 条）。

（六）汇票的付款

付款是指汇票的付款人向持票人支付票据金额以消灭票据关系的行为。在法律上付款是消灭票据法律关系的事实，主债务人的义务就此结束，在票据上留有签章的所有连带债务人的义务也告结束，所以付款是票据的终结行为，《票据法》第 60 条规定，付款人依法足额付款后，全体汇票债务人的责任解除。

1、提示付款。持票人应当按照下列期限提示付款：（一）见票即付的汇票，自出票日起一个月内向付款人提示付款；（二）定日付款、出票后定期付款或者见票后定期付款的汇票，自到期日起十日内向承兑人提示付款。持票人未按照前款规定期限提示付款的，在作出说明后，承兑人或者付款人仍应当继续对持票人承担付款责任。通过委托收款银行或者通过票据交换系统向付款人提示付款的，视同持票人提示付款（第 53 条）。

2、付款的程序。持票人依照前条规定提示付款的，付款人必须在当日足额付款（第 54 条）。持票人获得付款的，应当在汇票上签收，并将汇票交给付款人。持票人委托银行收款的，受委托的银行将代收的汇票金额转账收入持票人账户，视同签收（第 55 条）。持票人委托的收款银行的责任，限于按照汇票上记载事项将汇票金额转入持票人账户。付款人委托的付款银行的责任，限于按照汇票上记载事项从付款人账户支付汇票金额（第 56 条）。付款人及其代理付款人付款时，应当审查汇票背书的连续，并审查提示付款人的合法身份证明或者有效证件。付款人及其代理付款人以恶意或者有重大过失付款的，应当自行承担责任（第 57 条）。对定日付款、出票后定期付款或者见票后定期付款的汇票，付款人在到期日前付款的，由付款人自行承担所产生的责任（第 58 条）。汇票金额为外币的，按照付款日的市场汇价，以人民币支付。汇票当事人对汇票支付的货币种类另有约定的，从其约定（第 59 条）。付款人依法足额付款后，全体汇票债务人的责任解除（第 60 条）。

五、本票

本票是出票人签发的，承诺自己在见票时无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据（第 73 第 1 款条）。票据立法因本票与汇票的若干相同，为避免重复立法，在不违反本票性质的前提下，规定本票适用汇票的有关规定。票据法学上也叫做汇票规范的准用。

本票的特征表现在：第一，本票是自付证券，本票的付款人即为其出票人。第二，中国的本票只有即期本票，本票无承兑制度。第三，中国本票的出票人只可以是银行，所以中国只有银行本票（第 73 条第 2 款）。

本票必须记载下列事项：表明“本票”的字样；无条件支付的承诺；确定的金额；收款人名称；出票日期；出票人签章。本票上未记载前款规定事项之一的，本票无效（第 75 条）。

本票的出票人在持票人提示见票时，必须承担付款的责任（第 77 条）。本票自出票日起，付款期限最长不得超过 2 个月（第 78 条）。本票的持票人未按照规定期限提示见票的，丧失对出票人以外的前手的追索权（第 79 条）。

六、支票

支票是出票人签发的，委托办理支票存款业务的银行或者其他金融机构在见票时无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据（第 81 条）。支票制度也适用汇票的有关规定。

支票的特征表现在：其一，支票是委付证券，但支票的付款人比较特殊，必须是有支票存款业务资格的银行或者非银行金融机构。其二，中国的支票只有即期支票，支票无承兑制度。

支票必须记载下列事项：（一）表明“支票”的字样；（二）无条件支付的委托；（三）确定的金额；（四）付款人名称；（五）出票日期；（六）出票人签章。支票上的金额可以由出票人授权补记，未补记前的支票，不得使用（第 85 条）。支票上未记载收款人名称的，经出票人授权，可以补记。支票上未记载付款地的，付款人的营业场所为付款地。支票上未记载出票地的，出票人的营业场所、住所或者经常居住地为出票地。出票人可以在支票上记载自己为收款人（第 86 条）。支票的出票人所签发的支票金额不得超过其付款时在付款人处实有的存款金额。出票人签发的支票金额超过其付款时在付款人处实有的存款金额的，为空头支票。禁止签发空头支票（第 87 条）。

支票的持票人应当自出票日起 10 日内提示付款；异地使用的支票，其提示付款的期限由中国人民银行另行规定。超过提示付款期限的，付款人可以不予付款；付款人不予付款的，出票人仍应当对持票人承担票据责任（第 91 条）。付款人依法支付支票金额的，对出票人不再承担受委托付款的责任，对持票人不再承担付款的责任。但是，付款人以恶意或者有重大过失付款的除外（第 92 条）。

七、涉外票据

涉外票据是指出票、背书、承兑、保证、付款等行为中，既有发生在中华人民共和国境内又有发生在中华人民共和国境外的票据（第 94 条）。。

中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用国际条约的规定。但是，中华人民共和国声明保留的条款除外。本法和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例（第 95 条）。票据债务人的民事行为能力，适用其本国法律。票据债务人的民事行为能力，依照其本国法律为无民事行为能力或者为限制民事行为能力而依照行为地法律为完全民事行为能力的，适用行为地法律（第 96 条）。

汇票、本票出票时的记载事项，适用出票地法律。支票出票时的记载事项，适用出票地法律，经当事人协议，也可以适用付款地法律（第 97 条）。票据的背书、承兑、付款和保证行为，适用行为地法律（第 98 条）。票据追索权的行使期限，适用出票地法律（第 99 条）。票据的提示期限、有关拒绝证明的方式、出具拒绝证明的期限，适用付款地法律（第 100 条）。票据丧失时，失票人请求保全票据权利的程序，适用付款地法律（第 101 条）。

第五节　保险法

一、概述

（一）保险概述

1、保险的概念。保险，是指投保人根据合同约定，向保险人支付保险费，保险人对于合同约定的可能发生的事故因其发生所造成的财产损失承担赔偿保险金责任，或者当被保险

人死亡、伤残、疾病或者达到合同约定的年龄、期限等条件时承担给付保险金责任的商业保险行为（《保险法》第 2 条）。

2、保险的特征

（1）保险是一种商事法律行为。首先，保险是一种法律行为。保险是以保险人与投保人之间的契约为基础而产生的法律关系，是当事人意思表示一致的结果，因而，其无疑是法律行为之一种。其次，保险关系中的保险人是商事主体。保险人与投保人之间、保险人与被保险人之间的保险法律关系，是基于保险人这一特定的商事主体所进行的营利性的经营活动而缔结的。最后，保险是有对价的、以营利为目的的商行为。保险企业按照商业经营原则从事保险业务经营活动，在这种特殊的商品交易中，投保人支付了保险费，作为对价，保险人负担危险，并在保险事故发生后向被保险人支付保险金。

（2）保险是一种经济补偿制度。保险的目的是为了使参加保险者因危险的发生而致损失时，得以金钱或者实物的手段提供作为补偿。保险的补偿是有条件的，一方面，必须有保险事故的发生，并且被保险人因此而遭受损失或者损害。如果有保险事故发生，但被保险人并不是实际遭受损害的人，那么也不能获得保险赔偿。另一方面，必须是属于保险责任范围内的保险事故。如果保险合同是就财产保险利益投保，而被保险人所遭受的是人身伤害，则其不能获得保险金请求权。

（3）保险关系是一种合同法律关系。在这种关系当中，当事人双方根据约定，一方支付保险费，另一方负担承担风险的责任。因此，保险合同是一种双务有偿合同。

（4）保险具有射幸性。在保险中，投保人交付保险费的义务是确定的，而保险人是否承担给付保险金的责任并不确定，如果保险事故发生，保险人就要承担给付保险金的责任，但如果保险事故不发生，则保险人只收取了保险费，却不需承担给付保险金的责任，这就是保险的射幸性。

3、保险的分类

（1）根据保险客体的不同，可以把保险划分为财产保险与人身保险。人身保险是以人的寿命和身体为保险客体的保险，包括人寿保险、健康保险、意外伤害保险等。当人们遭受不幸事故或者因疾病、年老以致丧失工作能力、伤残、死亡或者年老退休后，根据保险合同的规定，保险人对被保险人或者受益人给付保险金或者年金，以解决病、残、老、死所造成的经济困难。财产保险是以财产及其有关利益为保险客体的保险，包括财产损失保险、责任保险、信用保险、保证保险等。

（2）根据保险的实施形式不同把保险划分为自愿保险与强制保险。自愿保险是投保人与保险人在自愿的原则下，根据保险合同而形成的保险关系。强制保险，又称为法定保险，是以国家颁布法律、法规的形式来实施的。

（3）根据保险人承担责任的次序不同把保险划分为原保险与再保险。原保险是指由保险人直接承保业务并与投保人签订保险合同，对于被保险人因保险事故所造成的损失，承担直接的原始赔偿责任的保险。再保险是指对原保险的保险责任再予以承保的保险。具体地说，再保险是保险人通过订立合同，将自己已投保的风险，全部或者部分地转移给一个或者数个保险人，以降低自己所面临的风险的保险行为，其中分出自己承保业务的保险人被称为原保险人，接受再保险业务的保险人被称为再保险人。

（二）保险法概述

1、保险法的概念。保险法是调整保险关系的一切法律规范的总称，包括调整保险人与投保人、被保险人以及受益人之间因保险合同的订立、变更、转让、履行、解除及承担法律责任过程中产生的各种权利义务关系，规范保险业主体的设立、变更、消灭过程中产生的各种权利义务关系，以及规范保险业主体内外组织活动过程中产生的各种权利义务的法律规范。

中国《保险法》于 1995 年 6 月 30 日第 8 届全国人民代表大会常务委员会第 14 次会议通过，根据 2002 年 10 月 28 日第 9 届全国人民代表大会常务委员会第 30 次会议《关于修改〈中华人民共和国保险法〉的决定》修正，2009 年 2 月 28 日第 11 届全国人民代表大会常务委员会第 7 次会议修订。

2、保险法的内容。保险法一般由保险合同法律制度、保险业法律制度与保险监督管理法律制度组成。投保人与保险人之间的权利义务关系是通过保险合同来界定的，保险合同法律制度就是调整保险合同双方当事人关系的法律制度。保险业法律制度是关于保险组织的法律规定，界定保险经营机构的设立、变更、解散与清算。保险监督管理法律制度是有关国家机关对保险业的监管方面的法律制度。

3、保险法的原则

（1）自愿原则。自愿原则是指保险法律关系的当事人即投保人、保险人以及被保险人、受益人有权根据自己的意愿设立、变更或者终止保险法律关系，不受他人干预；投保人有权选择保险人和保险的种类、保险的范围、责任等。

（2）最大诚信原则。《保险法》第 5 条规定，保险活动当事人行使权利、履行义务，应当遵循诚实信用原则。对投保人而言，诚信原则主要表现为应当承担的两项义务：一是在

订立保险合同时的如实告之义务，即应当将有关保险标的的重要情况如实向保险人作出陈述；二是履行保险合同时的信守保险义务，即严守允诺，完成保险合同中约定的作为或者不作为的义务。对保险人而言，诚信原则也表现为其应当承担的两项义务：一是在订立保险合同时将保险条款告知投保人的义务，特别是保险人的免责条款；二是及时与全面支付保险金的义务。

（3）保险利益原则。保险利益原则是指投保人对保险标的具有法律上承认的经济利益。保险利益在财产保险和人身保险中有不同的表现形式：财产保险的保险标的是财产及相关利益，其保险利益是指投保人对保险标的之经济利益。应具备三个条件：必须是法律承认的合法利益；必须是具有经济价值的利益；必须是能够确定的利益。人身保险的保险标的是人的寿命和身体，其保险利益是指投保人对被保险人的寿命和身体所具有的利害关系。这种利害关系往往由保险法规定，主要包括本人、配偶、子女、父母；与投保人具有赡养和抚养关系的家庭其他成员和近亲属；同意投保人为其投保的被保险的人。此外，劳动关系、合伙关系、债权债务关系的当事人之间，也可能产生保险利益。

（4）近因原则。近因原则是指保险人承担赔付保险金责任的前提是损害结果必须与危险事故的发生具有直接的因果关系。近因原则的意义，一方面在于克服漫无边际地对保险人滥施责任，另一方面也可有效地避免保险人推卸责任。

二、保险合同总论

（一）保险合同的概念与特征

1、保险合同的概念。险合同是投保人与保险人约定保险权利义务关系的协议。投保人是指与保险人订立保险合同，并按照合同约定负有支付保险费义务的人。保险人是指与投保人订立保险合同，并按照合同约定承担赔偿或者给付保险金责任的保险公司（第 10 条）。

2、保险合同的特征

（1）保险合同是双务合同。保险合同的当事人一方投保人负有支付保险费的义务，而另一方当事人保险人负有危险负担的义务，即保险事故发生或者保险合同到期后给付保险金的义务。合同之双方当事人互负义务，因此该合同为双务合同。

（2）保险合同是有偿合同。保险合同当事人互负对价关系的给付义务，由于当事人各方均负给付义务，因而既是双务合同，亦是有偿合同。保险合同不得为无偿合同，是由保险制度之特性所决定的，保险制度乃危险共同团体共同承担风险的制度，因而保险合同中当事人

之意思表示并非绝对自由，若保险合同得为无偿，则危险共同团体筹集资金不足，最终会危及其他投保人利益及整个社会公共利益，因此保险合同不得以无偿形式订立。

（3）保险合同是诺成合同。根据《保险法》第 13 条规定，投保人提出保险要求，经保险人同意承保，保险合同成立。因此，《保险法》确定保险合同属诺成性合同，只要双方当事人意思表示一致，保险合同即可成立生效。

（4）保险合同是最大诚信的合同。因保险的宗旨在于互助共济，当事人在订立保险合同时，保险客体通常为投保人掌握，保险人对于保险客体的状况往往较难详细调查，有赖于投保人的告知而决定其所负担的责任。此外，保险事故发生与否与投保人是否竭尽保险义务密切相关，所以，保险合同对诚信的要求，高于一般合同。

（5）保险合同是射幸合同。射幸合同是指当事人一方或者双方的给付义务，取决于合同成立后偶然事件的发生。保险合同的目的在于使保险人在特定不可预料或者不可抗力的事故发生时，对被保险人履行给付义务，所以也是射幸合同的一种。

（6）保险合同是附合合同。附合合同又称为格式合同，指合同一方当事人拟好合同条款，另一方当事人只能考虑订立或者不订立，对合同条款的内容没有太大的协商余地。保险合同的基本条款及费率是由国家保险监督管理部门制定或者保险人拟定并经保险监督管理部门备案的。除特殊险种外，投保人如同意投保，就必须接受这些基本条款。保险合同的这一特征是由保险业的迅速发展所决定的，保险人所承保的风险越来越复杂，同时保险人每年签发的保险合同数以千万计，因而不得不简化手续，使保险合同逐渐走向技术化、定型化和标准化。正是由于保险合同附合性的特征，因而需适用附合合同的特殊解释规则。

（二）保险合同的主体

保险合同的主体分为保险合同当事人、保险合同关系人和保险合同辅助人三类。

1、保险合同当事人

（1）保险人。保险人是指与投保人订立保险合同，并按照合同约定承担赔偿或者给付保险金责任的保险公司（第 10 条第 3 款）。在中国是专指保险公司。保险人经营保险业务除必须取得国家有关管理部门授予的资格外，还必须在规定的业务范围内，开展经营活动。

（2）投保人。投保人是指与保险人订立保险合同，并按照合同约定负有支付保险费义务的人（第 10 条第 2 款）。投保人应具备下列两个要件：具备民事权利能力和民事行为能力。保险合同与一般合同一样，当事人应具有权利能力和行为能力。对保险标的须具有保险利益。投保人对保险标的须有保险利益，即投保人对保险标的具有利害关系。投保人对于保

险标的如不具有利害关系，订立保险合同无效。保险合同中的投保人可以是一方，也可以是多方，在再保险合同中的投保人必须由原保险人充当。

2、保险合同的关系人

（1）被保险人。被保险人是指其财产或者人身受保险合同保障，享有保险金请求权的人。投保人可以为被保险人（第 12 条第 5 款）。被保险人可以是自然人、法人，也可以是其他社会组织，但须具备下列条件：被保险人是保险事故发生时遭受损失的人。一旦发生保险事故，被保险人将遭受损害。但在财产保险与人身保险中，被保险人遭受损害的形式是不尽相同的。在财产保险中，因保险事故直接遭受损失的是保险标的，被保险人则因保险标的的损害而遭受经济上的损失。在人身保险中，因保险事故直接遭受损害的是保险人本人的身体、生命或者健康。被保险人是享有赔偿请求权的人。由于保险合同可以为他人的利益而订立，因而投保人没有保险赔偿金的请求权，只有请求保险人向被保险人或者受益人给付保险赔偿金的权利。

（2）受益人。受益人是指人身保险合同中由被保险人或者投保人指定的享有保险金请求权的人。投保人、被保险人可以为受益人（第 18 条第 3 款）。受益人的要件为：受益人是由被保险人或者投保人所指定的人。被保险人或者投保人应在保险合同中明确受益人。受益人是独立地享有保险金请求权的人。受益人在保险合同中，不负交付保费的义务，也不必具有保险利益，保险人不得向受益人追索保险费。受益人的赔偿请求权并非自保险合同生效时开始，而只有在被保险人死亡时才产生。在被保险人生存期间，受益人的赔偿请求权只是一种期待权。受益人的受益权是直接根据保险合同产生的，可因下列原因消灭：受益人先于被保险人死亡或者破产或者解散；受益人放弃受益权；受益人有故意危害被保险人生命安全的行为其受益权依法取消。在保险合同期间，受益人可以变更，但必须经被保险人的同意。受益人的变更无需保险人的同意，但应当将受益人的变更事宜及时通知保险人，否则变更受益人的法律效力不得对抗保险人。

3、保险合同的辅助人

（1）保险代理人。保险代理人是根据保险人的委托，向保险人收取佣金，并在保险人授权的范围内代为办理保险业务的机构或者个人。保险代理机构包括专门从事保险代理业务的保险专业代理机构和兼营保险代理业务的保险兼业代理机构（第 117 条）。保险代理是一种特殊的代理制度，表现在：保险代理人与保险人在法律上视为一人；保险代理人所知道的事情，都假定为保险人所知的；保险代理必须采用书面形式。保险代理人既可以是单位也可以是个人，但须经国家主管机关核准具有代理人资格。

（2）保险经纪人。保险经纪人是基于投保人的利益，为投保人与保险人订立保险合同提供中介服务，并依法收取佣金的机构（第 118 条）。保险经纪人的劳务报酬由保险公司按保险费的一定比例支付。

（三）保险合同的条款

保险合同的条款即保险合同的内容，是保险合同中确定合同当事人的权利义务及其他有关事项的合同条款。根据合同条款的内容是否具有强制性，可将保险合同的条款分为法定条款和约定条款。1、法定条款。保险合同应当包括下列事项：（一）保险人的名称和住所；（二）投保人、被保险人的姓名或者名称、住所，以及人身保险的受益人的姓名或者名称、住所；（三）保险标的；（四）保险责任和责任免除；（五）保险期间和保险责任开始时间；（六）保险金额；（七）保险费以及支付办法；（八）保险金赔偿或者给付办法；（九）违约责任和争议处理；（十）订立合同的年、月、日。投保人和保险人可以约定与保险有关的其他事项（第 18 条第 1 款）。2、约定条款。在法定的保险合同条款之外，投保人和保险人可以约定与保险有关的其他事项（第 18 条第 2 款）。

（四）保险合同的订立与生效

1、保险合同的成立。投保人提出保险要求，经保险人同意承保，保险合同成立。保险人应当及时向投保人签发保险单或者其他保险凭证（第 13 条）。依照这一规定，保险合同的一般成立要件有 3 个：第一，投保人提出保险要求；第二，保险人同意承保；三，保险人与投保人就合同的条款达成协议。这 3 个要件，实质上仍是合同法所规定的要约和承诺过程。因此，保险合同原则上应当在当事人通过要约和承诺的方式达成意思一致时即告成立。

2、保险合同的形式。通常，保险合同由投保单、保险单（或者暂保单、保险凭证）及其他有关文件和附件共同组成。其中以投保单、暂保单、保险单、保险凭证最为重要。

（1）投保单。投保单又称要保书，是投保人向保险人递交的书面要约，投保单经保险人承诺，即成为保险合同的组成部分之一。投保单一般由保险人事先按统一的格式印制而成，投保人在投保书上所应填具的事项一般包括：投保人姓名（或者单位名称）及地址；投保的保险标的名称和存在地点，投保险别：保险价值或者确定方法及保险金额；保险期限；投保日期和签名等。

（2）暂保单。暂保单是保险人在签发正式保险单之前的一种临时保险凭证。暂保单上载明了保险合同的主要内容，如被保险人姓名、保险标的、保险责任范围、保险金额、保险费率、保险责任起讫时间等。在正式的保险单作成交付之前，暂保单与保险单具有同等效力；正式保险单签发后，其内容归并于保险单，暂保单失去效力。

（3）保险单。保险单简称保单，是保险合同成立后由保险人向投保人签发的保险合同的正式书面凭证，它是保险合同的法定形式。保险单应该将保险合同的内容全部详尽列说。在保险实践中，保险单与保险合同相互通用。保险人一经签发保险单，则先前当事人议定的事项及暂保单的内容尽归并其中，保险合同的内容以保险单所载为准，投保人接受保险单后，推定其对保险单所载内容已完全同意。

（4）保险凭证。保险凭证是保险合同的一种证明，实际上是简化了的保险单，所以又称之为小保单。保险凭证与保险单具有同等的法律效力。凡保险凭证中没有列明的事项，则以同种类的正式保险单所载内容为准，如果正式保险单与保险凭证的内容有抵触或者保险凭证另有特订条款时，则以保险凭证为准。

3、保险合同的生效

（1）保险合同的生效。保险合同的生效，指合同条款对当事人双方已发生法律上的效力，要求当事人双方恪守合同，全面履行合同规定的义务。根据《保险法》第 13 条第 3 款规定，依法成立的保险合同，自成立时生效。投保人和保险人可以对合同的效力约定附条件或者附期限。所以，保险合同的成立与生效的关系有两种：一是合同一经成立即生效，双方便开始享有权利，承担义务；二是合同成立后不立即生效，而是等到合同生效的附条件成立或者附期限到达后才生效。

（2）保险合同的无效。保险合同的无效是指因法定原因或者约定原因，保险合同的全部或者部分内容不产生法律约束力。保险合同可因以下原因归于无效：其一，基于民法上的原因，如果合同的内容违反法律、行政法规的强制性规定；危害国家利益或者社会公共利益；欺诈、胁迫损害了国家利益；以合法形式掩盖非法目的；恶意串通损害国家、集体、第三人利益的，会使得合同无效。其二，基于保险法上的原因，超额保险的（第 55 条第 3 款）；投保人对保险标的无保险利益的（第 31 条第 3 款）；以死亡为给付保险金条件的合同，未经被保险人同意并认可保险金额的（第 34 条第 1 款）；保险人未对投保人作出说明的免责条款等（第 17 条第 2 款）。保险合同无效的，在发生保险合同约定的保险事故时，保险人不承担保险责任。保险合同被确认无效后，当事人因无效合同取得的财产还应返还给受损失的一方；有过错的一方应赔偿对方因此所遭受的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任；双方恶意串通、订立无效合同损害国家、集体或者第三人利益的，应当追缴双方所得的财产，收归国家、集体所有或者返还给第三人。

（五）保险合同的履行

保险合同的履行是指保险合同订立并生效后，当事人全面完成各自承担的义务以满足他人权利实现的行为。

1、投保人的义务。投保人的义务是指投保人依据保险法的规定或者保险合同的约定必须为或者不得为一定行为的责任。具体包括：

（1）交付保险费的义务。保险合同成立后，投保人须按合同约定的时间交付保险费；保险人按约定的期间承担保险责任。保险人对人身保险的保险费不得以诉讼方式请求投保人支付。投保人不能按期交付的，保险人可中止保险合同。

（2）危险增加的通知的义务。危险增加的通知义务，是指在保险合同的有效期内，保险标的危险程度增加的，投保人或者被保险人应依照合同规定及时通知保险人。诚信原则要求被保险人对已经保险的财物须尽谨慎照看义务，发现原来的环境有了不利的变化时，应当判断该变化是否会对保险标的造成危险增加，应当及时通知保险人。如果投保人和被保险人没有履行危险增加的通知义务，保险人有权要求增加保险费或者解除合同。

（3）保险事故通知的义务。《保险法》第 21 条规定，投保人、被保险人或者受益人知道保险事故发生后，应当及时通知保险人。因故意或者重大过失未及时通知，致使保险事故的性质、原因、损失程度等难以确定的，保险人对无法确定的部分，不承担赔偿或者给付保险金的责任，但保险人通过其他途径已经及时知道或者应当及时知道保险事故发生的除外。

（4）防灾防损和施救的义务。保险事故发生时，投保人或者被保险人有责任尽力采取必要的措施，防止或者减少损失。如果被保险人无动于衷没有采取措施防止损失的扩大，保险人可主张赔付抗辩权，双方有争议的，由保险公估人认定在实施抢救措施后保险标的可能发生的损失，被保险人无权就超过保险公估人认定的损失的部分请求赔偿。

（5）提供有关证明、单证和资料的义务。《保险法》第 22 条规定，保险事故发生后，按照保险合同请求保险人赔偿或者给付保险金时，投保人、被保险人或者受益人应当向保险人提供其所能提供的与确认保险事故的性质、原因、损失程度等有关的证明和资料。保险人按照合同的约定，认为有关的证明和资料不完整的，应当及时一次性通知投保人、被保险人或者受益人补充提供。

2、保险人的义务

（1）及时赔付的义务。保险人收到被保险人或者受益人的赔偿或者给付保险金的请求后，应当及时作出核定；情形复杂的，应当在 30 日内作出核定，但合同另有约定的除外。保险人应当将核定结果通知被保险人或者受益人；对属于保险责任的，在与被保险人或者受益人达成赔偿或者给付保险金的协议后 10 日内，履行赔偿或者给付保险金义务。保险合同

对赔偿或者给付保险金的期限有约定的，保险人应当按照约定履行赔偿或者给付保险金义务。保险人未及时履行前款规定义务的，除支付保险金外，应当赔偿被保险人或者受益人因此受到的损失。任何单位和个人不得非法干预保险人履行赔偿或者给付保险金的义务，也不得限制被保险人或者受益人取得保险金的权利（第 23 条）。对不属于保险责任的，应当自作出核定之日起 3 日内向被保险人或者受益人发出拒绝赔偿或者拒绝给付保险金通知书，并说明理由（第 24 条）。保险人自收到赔偿或者给付保险金的请求和有关证明、资料之日起 60 日内，对其赔偿或者给付保险金的数额不能确定的，应当根据已有证明和资料可以确定的数额先予支付；保险人最终确定赔偿或者给付保险金的数额后，应当支付相应的差额（第 25 条）。

（2）保密义务。保险人对在办理保险业务中知悉的投保人、被保险人的业务和财务情况，负有保密的义务。

3、索赔与理赔。索赔与理赔是两个相对应的概念，是投保人和被保险人行使权利和保险人履行义务的具体表现。索赔是指投保人或者被保险人在保险事故发生后，根据保险合同条款的规定，请求保险人履行义务的行为。理赔是指保险人接到投保人或者被保险人的请求，根据保险合同的规定，对保险事故的发生以及造成的物质损失或者人身伤害进行一系列调查审核并予以赔偿的行为。

（1）索赔。索赔的程序如下：第一，提出出险通知，保险事故发生后，投保人或者被保险人应将事故发生的时间、地点、原因以及其他有关情况以最快的方式通知保险人，并提出索赔要求。第二，提供索赔证明，这是投保人或者被保险人所负的索赔举证义务。索赔单证主要包括：保险单。账册、收据、发票、装箱单等保险标的原始单据。如为货物运输保险还应提供提单、运输合同等。出险证明书、损失鉴定证明等证明损失原因及程度的单据。如为人身保险还应出具死亡或者伤残等的证明。保险标的所受损失的清单及施救整理费用的原始单证。第三，提出索赔要求，索赔要求是有时效限制的，如果投保人或者被保险人在规定的期间内不行使索赔请求权，则该请求权因时效届满而消灭。第四，领取保险金。

（2）理赔。理赔的程序如下：第一，立案检查。保险人在接出险通知后，应编号立案。并对各种保险单证进行核查以及对出险现场进行查勘。检查的主要内容有：对保险合同的真实性及有效性进行检查。真实有效的保险合同是保险人承担保险责任的前提，如果保险合同不存在或者没有效力，保险人即可拒绝索赔请求。对索赔请求人的资格及保险标的进行检查，经查，如果发现索赔人根本无权提出该项索赔请求或者受损失的并非保险标的，保险人就应终止其理赔工作。对出险的时间、地点及原因进行检查。第二，责任审核。责任审核

是指保险人根据立案检查所获得的有关资料，以确定是否承担保险责任。保险人承担保险责任必须具备一定的条件，保险人必须根据事实，认真思考，全面分析，对各项条件逐一进行审核，做出正确的判断。第三，核算给付金额及给付保险金。对保险标的实际损失的计算，应以保险事故发生时保险标的实际现金价值为准。换言之，即以损失时的市场价格为准。当然，对定值保险及重置成本保险则另当别论。

（六）保险合同的变更、解除与终止

1、保险合同的变更

（1）保险合同变更的概念。广义上指保险合同成立后发生的各种变动，包括保险合同主体的变更、保险合同内容的变更和保险合同效力的变更。狭义上指保险合同内容的变更，即保险合同生效后，没有履行或者没有完全履行之前，因订立合同所依据的主客观情况发生变化，由当事人依照法律规定的条件和程序，对原合同的某些条款进行修改或者补充。中国《保险法》第 20 条规定，投保人和保险人可以协商变更合同内容。变更保险合同的，应当由保险人在保险单或者其他保险凭证上批注或者附贴批单，或者由投保人和保险人订立变更的书面协议。

（2）保险合同变更的类型。保险合同的变更可以分为两种情形：一是合同主体的变更；二是合同内容的变更。合同主体的变更一般指包括投保人或者被保险人的变更。投保人或者被保险人的变更属于合同的转让或者保险单的转让，投保人或者被保险人在保险合同有效期内将保险合同利益转让给第三人，从而引起保险合同的变更，根据保险法规定，保险标的的转让应当通知保险人，保险人同意继续承保后，依法变更合同。保险合同内容的变更是指在保险合同有效期内对保险合同的内容进行的修改或者补充，如保险标的的数量、品种的增减，用途、存放地点的变化，保险金额、保险价值、保险费的增减以及人身保险合同中所指定受益人的变更等。

2、保险合同的解除。保险合同的解除是指在保险合同成立后，基于法定的或者约定的事由，保险合同当事人行使解除权，从而使保险合同发生自始无效的后果的单方法律行为。保险合同成立后即具有法律约束力，当事人不得随意解除合同。当事人解除合同，应当依照法律的规定或者当事人的约定。基于法定事由解除保险合同的，为法定解除权，基于约定原因而解除保险合同的，为约定解除权。

（1）投保人的解除权。《保险法》第 15 条规定，除保险法另有规定或者保险合同另有约定外，保险合同成立后，投保人可以解除合同，保险人不得解除合同。即保险合同成立后，原则上，投保人可以随时解除保险合同，但须以法律或者合同无另外规定者为限制。

（2）保险人的解除权。《保险法》第 15 条规定，除保险法另有规定或者保险合同另有约定外，保险合同成立后，投保人可以解除合同，保险人不得解除合同。即保险合同成立后，原则上，保险人都不可以随时解除保险合同，但是，法律另有规定或者合同另有约定者除外。根据中国《保险法》的规定，投保人或者被保险人有下述行为的，可以构成保险人解除保险合同的条件：投保人因故意或者重大过失未履行法律规定的如实告知义务，足以影响保险人决定是否同意承保或者提高保险费率的，保险人有权解除合同（第 16 条第 2 款）。未发生保险事故，被保险人或者受益人谎称发生了保险事故，向保险人提出赔偿或者给付保险金请求的，保险人有权解除合同，并不退还保险费；投保人、被保险人故意制造保险事故的，保险人有权解除合同，不承担赔偿或者给付保险金的责任（第 27 条第 1、2 款）。

3、保险合同的终止。保险合同的终止是指保险合同的效力的永久性的停止从而使得保险合同规定的当事人之间的权利义务归于消灭。保险合同终止的原因有：保险合同因期限届满而终止；保险合同因保险赔偿金或者保险金的给付而终止；保险合同因解除而终止；保险标的发生部分损失的，在保险人赔偿后 30 日内，投保人可以终止合同；除合同约定不得终止的以外，投保人也可以终止合同；在以生存作为给付条件的人身保险合同中，被保险人或者受益人死亡，保险合同终止。

第九章　经济法

经济法是以社会利益为本位、以经济的有序、协调运行为目标的国家干预经济的法律。众多国家的发展经验表明，现代市场经济既不能离开市场的基拙性调节，也不能离开国家的宏观性调节。因此，经济法在产生以后，很快成为一国经济生活中重要的法律部门之一。

第一节　概述

一、经济法的概念

经济法是调整国家在规划市场的有序竞争和调控宏观经济的协调运行中所发生的经济关系的法律规范的总称。

关于经济法的概念，在法学界曾是一个争议较大的问题，直到中国实行社会主义市场经济以后，人们的看法才逐渐接近或者趋同。大家普遍认识到两点：第一，经济法是现代市场经济发展到一定阶段上的产物，它与市场经济体制紧密联系；第二，经济法是现代国家自觉、主动发挥组织经济职能的产物。从中国的法律体系来看，中国的经济法以市场秩序规制法和宏观经济调控法为主体。

二、经济法的调整对象

中国经济法的调整对象是国家在实行市场管理、维护市场交易竞争秩序和在实行宏观经济调控、保障国民经济总体协调运行过程中所发生的经济关系，具体包括：

（一）市场主体身份关系和市场管理、宏观经济调控主体身份关系

市场主体身份关系是指国家为了保证市场的健康有序发展，全面规定市场主体的法律地位、权利义务、组织机构、管理体制等而在有关主体之间所发生的经济关系。实行社会主义市场经济，首先要有规范的市场主体。所谓市场主体，就是广大的在市场环境中从事生产经营活动的企业、其他经济组织和个人。国家通过确认其市场经营主体资格，保证每个进入市场的经营者具有合法身份，以奠定市场经济的微观基础。在市场经济的运作中，还有另外一种性质的主体，市场管理主体和宏观经济调控主体，这种主体即担负市场管理和宏观经济调控职能的国家机关。国家通过确认其市场管理主体、宏观经济调控主体的身份，并赋予其相应的职权，保障市场管理和宏观经济调控职能部门的权威性和依法对市场进行引导、规范、监督检查和组织协调，以构建国家监控的法制化运行的市场。

（二）市场管理关系

市场管理关系是指国家为了维护市场的良好运行秩序，消除破坏市场机制因素而对市场进行规制管理所发生的经济关系。在市场经济条件下，市场是资源配置的主要手段。要充分发挥市场的作用，必须建立并保持一种公平交易、公平竞争的市场秩序。然而，在市场经济的发展过程中，不可避免地会出现的不正当竞争和垄断将严重破坏市场秩序，而市场机制本身对它又无力消除。这就需要国家以社会整体利益代表的身份介入市场，对市场进行管理，规范生产资料市场、劳务市场、金融市场、房地产市场、技术市场、信息市场等要素市场，调整产品质量关系、广告关系、价格关系、消费者权益保护关系等市场交易关系，制止不正当竞争和垄断，维护市场秩序，保证市场功能的发挥。

（三）宏观经济调控关系

宏观经济调控关系是指国家为了实现经济总量的基本平衡，促进经济结构的优化，引导国民经济持续、快速、健康发展，对国民经济总体活动进行调节和控制所形成的经济关系。在市场经济条件下，市场对经济运行的调节是基础层次的调节，具有无可替代的重要作用。但市场调节不是万能的，有些问题，诸如：经济总量的平衡、经济和社会发展战略目标的选择、重大结构和布局的调整、收入分配中公平与效率的兼顾、资源和环境的保护等是市场调节所无法解决的。这就需要国家从社会的整体利益、国家的长远利益、人民的根本利益出发，综合运用经济的、法律的和必要的行政手段，对经济运行实行宏观调控，弥补市场调节的缺陷，防止、消除经济中的总量失衡和结构失衡，优化资源配置。

宏观经济调控关系主要包括：计划调控关系，投资调控关系，金融调控关系，财税调控关系，国有资产管理关系，资源开发利用管理关系，农业、科技、外贸等方面的调节与控制关系等。

第二节　反不正当竞争法

一、 概述

根据中国《反不正当竞争法》的规定，不正当竞争是指经营者违反本法的规定，损害其他经营者的合法权益，扰乱社会经济秩序的行为（第 2 条）。

首先，不正当竞争行为的主体是经营者。中国《反不正当竞争法》第 3 款明确规定：经营者是指从事商品经营或者盈利性服务(以下所称商品包括服务)的法人、其他经济组织和个人。非经营者不能成为不正当竞争行为的主体。

其次，不正当竞争行为侵犯的客体是其他经营者的合法权益和社会经济秩序。任何通过不正当手段获取竞争优势，相对于市场中的其他诚实经营者都是不公平的，其应得的商业利益无不因此受到损害。而每一个具体的不正当竞争行为都意味着损害或可能损害其他某一特定经营者的利益，如假冒他人注册商标，侵犯他人商业秘密，都构成对他人合法权利的侵犯。因此，不正当竞争行为损害了其他经营者的利益。

不正当竞争行为除了损害其他经营者的合法权益之外，还制造市场混乱，破坏竞争的公平性，扰乱社会经济秩序。如使商品混淆，引入误解的不正当竞争行为，不仅损害了特定经营者的合法权益，同时还造成市场失去透明度，其他同业经营者失去客户，消费者无法正确地选择购买商品。

第三，不正当竞争是经营者违反本法规定的行为。主要包括，（1）假冒行为；（2）限购排挤行为；（3）商业贿赂行为；（4）虚假广告行为；（5）侵犯商业秘密行为；（6）低价竞销排挤竞争对手行为；（7）搭售行为；（8）不正当奖售行为；（9）诋毁商誉行为；（10）通谋投标行为；（11）滥用政府权力限制竞争行为。

在中国，1993 年 9 月 2 日第 8 届全国人民代表大会常务委员会第 3 会议通过《中华人民共和国反不正当竞争法》，该法于 1993 年 12 月 1 日起正式实施。

二、不正当竞争行为的种类

根据《反不正当竞争法》的规定，为法律所反对和禁止的不正当竞争行为主要有以下几种：

（一）仿冒行为与虚假标示行为

仿冒行为是指经营者不正当地从事市场交易，使自己的商品或服务与他人的商品或服务相混淆，造成或足以造成购买者误认误购的不正当竞争行为。包括，1、假冒他人的注册商标；2、擅自使用知名商品特有的名称、包装、装璜，或者使用与知名商品近似的名称、包装、装璜，造成和他人的知名商品相混淆，使购买者误认为是该知名商品；3、擅自使用他人的企业名称或姓名，引人误认为是他人的商品；4、在商品上伪造或冒用认证标志、名优标志等质量标志，伪造产地，对商品质量作引人误解的虚假表示（第 5 条）。

（二）限购排挤行为

限购排挤行为是关于公用企业限制竞争行为的规定。《反不正当竞争法》第 6 条规定，公用企业或者其他依法具有独占地位的经营者，不得限定他人购买其指定的经营者的商品，以排挤其他经营者的公平竞争。由此可见，实施此类不正当竞争行为的主体有两类，一是公用企业，包括供水、供电、供热、供气、电讯、公共交通等行业的经营者；一是其他具有独占地位的经营者，具体是指在特定市场上，处于无人与之进行竞争的地位的经营者，如专营专卖行业、为国民经济运行提供金融、保险等基础性经济条件的行业以及其他由国家进行特殊管制的行业。从其行为方式来看，表现为利用自己所具有的近似垄断的地位，胁迫他人与自己进行强制性交易，购买其指定的经营者的商品。

（三）商业贿赂行为

商业贿赂是指在经营者为销售或者购买商品而采用财物或者其他手段贿赂对方单位或个人的行为。所谓财物，是指现金和实物，包括经营者为销售或者购买商品，假借促销费、赞助费、科研费、劳务费、咨询费、佣金等名义，或者以报销各种费用等方式，给付对方单位或个人的财物；其他手段是指提供国内外各种名义的旅游、考察等给付财物以外的其他利益的手段。

商业贿赂行为具有以下特征：第一，商业贿赂的主体是从事市场交易的经营者，包括买方和卖方；第二，商业贿赂在主观上只能是故意，这是构成商业贿赂行为的重要条件；第三，商业贿赂行为的手段是秘密给付财物或者其他报酬，具有很大的隐蔽性。

回扣在当今社会经济生活中已成为一个突出问题。回扣是指经营者销售商品是在帐外暗中以现金、实物或者其它方式退给对方单位或者个人的一定比例的商品价款。《反不正当竞争法》第 8 条对回扣等问题作了明确的规定,在帐外暗中给予对方单位或者个人回扣的，以行贿论处；对方单位或者个人在帐外暗中收受回扣的，以受贿论处。该条还明确规定了合法的折扣和佣金的概念，规定经营者销售或者购买商品，可以以明示方式给对方折扣，可以给中间人佣金。经营者给对方折扣、给中间人佣金的，必须如实入帐。接受折扣、佣金的经营者必须如实入帐。这就明确了在回扣问题上合法与非法、罪与非罪的界限。

（四）虚假广告行为

虚假广告行为是指在市场交易中，经营者利用广告或其它方法对商品或服务的质量、制作成分、性能、用途、生产者、有效期限、产地等做与实际情况不符的公开宣传，导致或足以导致购买者对商品或服务产生错误认识的不正当竞争行为。

《反不正当竞争法》第 9 条规定,经营者不得利用广告或者其他方法，对商品的质量、制作成分、性能、用途、生产者、有效期限、产地等作引人误解的虚假宣传。虚假宣传的方法，除了广告之外，还包括利用广播、电视、电影、路牌、标语、橱窗、霓虹灯等进行宣传。虚假宣传的后果引起人们对这种商品产生不正确理解，误认为是某一著名产品，或者误认为是达到一定的性能，有一定用途、作用、效果的商品等。为了从源头制止虚假广告宣传，《反不正当竞争法》还规定广告的经营者不得在明知或者应知的情况下，代理、设计、制作、发布虚假广告。

（五）侵犯商业秘密行为

商业秘密是指不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息（第 10 条）。可见，商业秘密的范围包括技术信息和经营信息。技术信息有工艺流程、技术秘诀、设计图纸、配方等；经营信息有管理方法、产销策略、客户名单、货源情报等。商业秘密必须具备秘密性、实用性和保密性，否则不成为商业秘密。

侵犯商业秘密的行为是指为了竞争或个人目的，通过不正当方法获取、披露或使用权利人商业秘密的行为。根据《反不正当竞争法》第 10 条的规定，它包括：1、以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密。2、披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密。3、违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密。4、第三人明知或者应知上述违法行为，仍获取、使用或者披露他人的商业秘密，视为侵犯商业秘密。

（六）低价竞销排挤竞争对手行为

低价竞销排挤竞争对手行为是指经营者以排挤竞争对手为目的，以低于成本的价格销售商品或提供服务的不正当竞争行为。这种行为的实质是经济实力雄厚的经营者为了霸占市场滥用竞争优势故意将商品价格压到成本以下抛售，以此搞垮竞争对手，等到其它竞争对手被迫退出市场后，又抬高商品价格，以获取更高的垄断利润。这不但会阻碍竞争对手的生存和发展，也会使消费者最终受到损害，因此应坚决予以禁止。

这种不正当竞争行为的构成要件是：第一，经营者实施的行为在主观上是故意的，即“以排挤竞争对手为目的”；第二，以低于成本的价格销售商品。这里的成本是指企业在生产产品、销售产品或者提供劳务中发生的费用的总和。

当然，并非所有的降价销售行为都构成不正当竞争。《反不正当竞争法》第 11 条规定，有下列行为之一的，不属于不正当竞争行为：1、销售鲜活商品；2、处理有效期限即将到期的商品或者其他积压的商品；3、季节性降价；4、因清偿债务、转产、歇业降价销售商品。

（七）搭售与附加其他不合理条件而销售商品的行为

搭售，是指经营者利用其在经济、技术等方面的优势地位，在销售某种产品或者提供某种服务时强迫相对交易人购买其不需要、不愿意购买的商品。附加不合理条件的行为是指附加商品以外的其它不合理交易条件的行为。《反不正当竞争法》第 12 条规定,经营者销售商品，不得违背购买者的意愿搭售商品或者附加其他不合理的条件。

这种不正当竞争行为的构成要件是：第一，经营者是否具有并滥用了市场优势。要求搭售商品或者附加其他不合理条件而销售商品的，一般都是具有并滥用市场优势的经营者；第二，是否违背购买者意愿；第三，在进行搭售时，是否有排挤其他厂商竞争的意图。

（八）不正当有奖销售行为

有奖销售是指经营者销售商品或者提供服务，附带性的向购买者提供物品、金钱或者其它经济上的利益的行为，包括附赠式有奖销售和抽奖式有奖销售两种。无论哪一种有奖销售，都不得有碍公平而自由的竞争，损害消费者利益，否则就构成不正当竞争。

不正当有奖销售行为，是指经营者违反诚实信用原则和公平竞争原则，利用物质、金钱或者其它经济利益引诱购买者与之交易，排挤竞争对手的不正当竞争行为。根据《反不正当竞争法》第 13 条规定，不正当有奖销售行为包括以下 3 种类型：1、采用谎称有奖或者故意让内定人员中奖的欺骗方式进行有奖销售；2、利用有奖销售的手段推销质次价高的商品；3、抽奖式的有奖销售，最高奖的金额超过 5000 元。

（九）诋毁商业信誉行为

诋毁商业信誉行为是指经营者捏造、散布虚伪事实，损害竞争对手的商业信誉、商品声誉（第 14 条）。诋毁他人商业信誉将会削弱竞争对手对顾客的吸引力，从而争夺和扩大自己的市场。这种行为违背公认的商业道德和市场竞争规则，因而是不正当的、违法的。

此类不正当竞争行为的构成要件是：第一，捏造、散布虚伪事实是以贬低竞争对手为目的，意在削弱竞争对手或使其丧失竞争能力。第二，散布的内容是凭空捏造的虚假、不实之情。第三，将捏造的虚伪事实加以散布。散布的方式可以是口头的，也可以是书面的；散布的途径可以是通过宣传媒介，也可以是通过邮寄；可以出现在广告中，也可以出现在订货会、产品发布会上；可以是公开的，也可以是暗中的。第四，有特定的诋誉对象，言词有针对性，或含沙射影，人们可以推知。

（十）串通招标投标行为

串通招标投标行为是指招标者与投标者之间或者投标者与投标者之间采用不正当手段，对招标投标事项串通，以排挤竞争对手或者损害招标者利益的行为。它有两种表现形式：一是投标者之间相互串通，其目的在于采取联合行动以限制竞争。二是投标者与招标者相互勾结行为。其目的是排挤作为竞争对手的其它投标者。中国《反不正当竞争法》第 15 条规定，投标者不得串通投标，抬高标价或者压低标价。投标者和招标者不得相互勾结，以排挤竞争对手的公平竞争。

（十一）滥用政府权力限制竞争行为

滥用政府权力限制竞争行为是指地方政府、政府经济主管部门或其他政府职能部门凭借行政权力排斥限制或妨碍市场竞争的行为。中国《反不正当竞争法》第 7 条规定，政府及其所属部门不得滥用行政权力，限定他人购买其指定的经营者的商品，限制其他经营者正当的经营活动。政府及其所属部门不得滥用行政权力，限制外地商品进入本地市场，或者本地商品流向外地市场。实施此类不正当竞争行为的主体是政府及其所属部门，具体表现为两类，一是超强经济强制交易行为，一是地区封锁行为。

政府是一个社会的总代表，是国民经济的总指挥，它享有广泛的行政权力。在一个法治国家，政府的权力是受法律限制的，政府必须依法行政。政府及其所属部门的职能和权力是维护社会的经济秩序，在市场经济条件下，就是要维护市场的公平竞争，而不是凭借行政权力来限制竞争。

三、对不正当竞争行为的法律规制

不正当竞争行为损害经营者和消费者的合法权益，扰乱社会的经济秩序，必须依法加以规制。规制的目的是矫正主体的不正当竞争行为，恢复公平有序的市场竞争。规制的方法是通过有权机关的监督检查，及时发现不正当竞争行为，并依法追究实施不正当竞争行为者的法律责任。

（一）对不正当竞争行为的监督检查

1、监督检查的种类

监督检查是指法定机关依照法定程序，对涉嫌违法行为的经营者采取的了解、取证、督促措施以及必要的行政强制措施。对不正当竞争行为的监督检查，包括政府专门机构的监督检查以及其他组织和个人的社会监督。

第一，政府监督检查

实行社会主义市场经济，政府负有组织和调控市场，维护公平竞争的职责。各级人民政府应当采取措施，制止不正当竞争行为，为公平竞争创造良好的环境和条件。根据《反不正当竞争法》第 3 条第 2 款的规定，县级以上人民政府工商行政管理部门对不正当竞争行为进行监督检查；法律、行政法规规定由其他部门监督检查的，依照其规定。

监督检查部门在监督检查不正当竞争行为时有权行使下列职权：(1)询问权。监督检查部门有权按照规定程序询问被检查的经营者、利害关系人、证明人，并要求提供证明材料或者与不正当竞争行为有关的其他资料；(2)查询复制权。监督检查部门有权查询、复制与不正当竞争行为有关的协议、帐册、单据、文件、记录、业务函电和其他资料；(3)检查权。监督检查部门有权对与各种不正当竞争行为有关的财物进行检查，必要时可以责令被检查的经营者说明该商品的来源和数量，暂停销售，听候检查，不得转移、隐匿、销毁该财物（第 17 条）。

第二，社会监督

《反不正当竞争法》第 4 条第 1 款规定，国家鼓励、支持和保护一切组织和个人对不正当竞争行为进行社会监督。任何组织和个人均有权根据《反不正当竞争法》的规定，对不正当竞争行为进行举报、控告、申诉、社会舆论监督及其他各种形式的社会监督。国家对社会监督予以鼓励和支持。

2、监督检查的程序

监督检查的工作人员监督检查不正当竞争行为，应当遵循法定程序，这是监督检查部门工作人员应履行的义务。监督检查部门的工作人员在监督检查不正当竞争行为时，应当出示

检查证件（第 18 条）；在对被检查者、利害关系人、证明人进行询问，以及要求后者提供证明材料或者与不正当竞争行为有关的其他材料时，应按照规定的程序进行。

（二）不正当竞争行为的法律责任

1、经营者的法律责任

（1）经营者违反《反不正当竞争法》的规定，给被侵害的经营者造成损害的，应当承担损害赔偿责任，被侵害的经营者的损失难以计算的，赔偿额为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利润；并应当承担被侵害的经营者因调查该经营者侵害其合法权益的不正当竞争行为所支付的合理费用。被侵害的经营者的合法权益受到不正当竞争行为损害的，可以向人民法院提起诉讼（第 20 条）。

（2）经营者假冒他人的注册商标，擅自使用他人的企业名称或者姓名，伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志，伪造产地，对商品质量作引人误解的虚假表示的，依照《中华人民共和国商标法》、《中华人民共和国产品质量法》的规定处罚。经营者擅自使用知名商品特有的名称、包装、装璜，或者使用与知名商品近似的名称、包装、装璜，造成和他人的知名商品相混淆，使购买者误认为是该知名商品的，监督检查部门应当责令停止违法行为，没收违法所得，可以根据情节处以违法所得 1 倍以上 3 倍以下的罚款；情节严重的，可以吊销营业执照；销售伪劣商品，构成犯罪的，依法追究刑事责任（第 21 条）。

（3）经营者采用财物或者其他手段进行贿赂以销售或者购买商品，构成犯罪的，依法追究刑事责任；不构成犯罪的，监督检查部门可以根据情节处以 1 万元以上 20 万元以下的罚款，有违法所得的，予以没收（第 22 条）。

（4）经营者利用广告或者其他方法，对商品作虚假宣传，监督检查部门应当责令停止违法行为，消除影响，可以根据情节处以 1 万元以上 20 万元以下的罚款。广告的经营者，在明知或者应知的情况下，代理、设计、制作、发布虚假广告的，监督检查部门应当责令停止违法行为，没收违法所得，并依法处以罚款（第 24 条）。

（5）违反《反不正当竞争法》的规定，侵犯商业秘密的，监督检查部门应当责令停止违法行为，可以根据情节处以 1 万元以上 20 万元 以下的罚款（第 25 条）。

（6）经营者违反《反不正当竞争法》进行有奖销售，监督检查部门应当责令停止违法行为，可以根据情节处以 1 万元以上 10 万元以下的罚款（第 26 条）。

（7）公用企业或者其他依法具有独占地位的经营者，限定他人购买其指定的经营者的商品以排挤其他经营者的公平竞争的，省级或者设区的市的监督检查部门应当责令停止违法行为，可以根据情节处以 5 万元以上 20 万元以下的罚款。被指定的经营者借此销售质次价

高商品或者滥收费用的，监督检查部门应当没收违法所得，可以根据情节处以违法所得 1 倍以上 3 倍以下的罚款（第 23 条）。

（8）投标者串通投标，抬高标价或者压低标价；投标者和招标者相互勾结，以排挤竞争对手的公平竞争的，其中标无效。监督检查部门可以根据情节处以 1 万元以上 20 万元以下的罚款（第 27 条）。

（9）经营者有违反被责令暂停销售，不得转移、隐匿、销毁与不正当竞争行为有关的财物的行为的，监督检查部门可以根据情节处以被销售、转移、隐匿、销毁财物的价款的 1 倍以上 3 倍以下的罚款（第 28 条）。

当事人对以上几种情况中监督检查部门所做出的处罚决定不服的，可以自受到处罚决定之日起 15 日内向上一级主管机关申请复议；对复议决定不服的，可以自受到复议决定书之日起 15 日内向人民法院提起诉讼；也可以直接向人民法院提起诉讼（第 29 条）。

2、政府及其所属部门的法律责任

政府及其所属部门违反法律规定，限定他人购买其指定的经营者的商品、限制其他经营者正当的经营活动，或者限制商品在地区之间正常流通的，由上级机关责令其改正；情节严重的，由同级或者上级机关对直接责任人员给予行政处分。被指定的经营者借此销售质次价高商品或者滥收费用的，监督检查部门应当没收违法所得，可以根据情节处以违法所得 1 倍以上 3 倍以下的罚款（第 30 条）。

监督检查不正当竞争行为的国家机关工作人员滥用职权、玩忽职守，构成犯罪的，依法追究刑事责任；不构成犯罪的，给予行政处分（第 31 条）。

监督检查不正当竞争行为的国家机关工作人员徇私舞弊，对明知有违反《反不正当竞争法》规定构成犯罪的经营者故意包庇不使他人受追诉的，依法追究刑事责任（第 32 条）。

第四节　产品质量法

一、产品质量法概述

产品是指人们运用劳动手段对劳动对象进行加工而成，用于满足人们生产和生活需要的物品。中国《产品质量法》第 2 条第 2 款规定：在中华人民共和国境内从事产品生产、销售

活动，必须遵守本法。本法所称产品是指经过加工、制作，用于销售的产品。建设工程不适用本法规定；但是，建设工程使用的建筑材料、建筑构配件和设备，属于前款规定的产品范围的，适用本法规定。

产品质量是指产品符合人们需要的内在素质与外观形态的各种特性的综合状态。具体说包括产品的性能、适用性、安全性、耐用性、经济性、卫生性等多方面的内容。产品质量问题大体上说也可分为两类，一是产品不适用，二是产品不安全。前者多由于产品瑕疵而形成；后者则由于产品缺陷而发生。

产品质量法，是指调整产品生产与销售，以及对产品质量进行监督管理过程中所形成的社会关系的法律规范的总称。在中国，1993 年 2 月 22 日第 7 届全国人民代表大会常务委员会第 30 次会议通过《产品质量法》，1993 年 9 月 1 日起正式实施。

二、产品质量的监督与管理

（一）产品质量管理体制

产品质量管理旨在通过产品质量法确定的国家有权管理机关的宏观调控，使产品的质量符合一定的标准或规格，并安全有效地进入消费领域。

《产品质量法》规定了中国产品质量监督管理体制。国务院产品质量监督部门主管全国产品质量监督工作。国务院有关部门在各自的职责范围内负责产品质量监督工作。 县级以上地方产品质量监督部门主管本行政区域内的产品质量监督工作。县级以上地方人民政府有关部门在各自的职责范围内负责产品质量监督工作。 法律对产品质量的监督部门另有规定的，依照有关法律的规定执行（第 8 条）。

（二）产品质量管理制度

1、企业质量体系认证制度

企业质量体系认证是对产品质量进行科学管理的制度。它通过一定的方法和程序，把企业的质量保证工作加以标准化和制度化，以达到保证产品质量的目标。具体说，它是由国家认可的认证机构，对自愿申请认证的企业的质量体系，进行检查、确认、颁发认证证书，以证明企业质量体系和质量保证能力符合相应标准要求的活动。

企业质量体系认证的依据是国际通用的“质量管理和质量保证”系列标准，即国际标准化组织（ISO）于 1987 年 3 月正式发布的 ISO 9000 系列标准。它已为大多数国家所接受，

具有世界公认的通向国际市场的“通行证”性质。企业质量体系认证的认证机构是国务院技术监督部门或由其授权的部门认可的认证机构，一般指行业认证委员会。

2、产品质量认证制度

产品质量认证是依据产品标准和相应技术要求，经认证机构确认并通过颁发证书和认证标志，以证明企业某一产品符合相应标准和相应技术要求的活动。

产品质量认证也是由企业自愿申请的(法律另有规定的除外)，是由国家技术监督局或其授权部门认可的认证机构——行业认证委员会，根据有关标准和技术要求对企业产品进行认证，予以确认的活动。产品质量认证分为安全认证和合格认证。实行安全认证的产品，必须符合《产品质量法》和《标准化法》的有关规定；实行合格认证的产品，必须符合《标准化法》规定的国家标准或者行业标准的要求。

3、产品质量标准制度

产品质量标准分四个等级，即国家标准、行业标准、地方标准和企业标准。国家标准是国家对全国经济、技术发展有重大意义的工业产品的主要性能和特性所做的统一规定，为从事产品设计、生产、检验、包装等提供依据。行业标准是对没有国家标准而又需要在全国某个行业范围内统一的技术要求。它由国务院有关行政主管部门或行业标准化组织制定并批准发布，报国务院标准化行政主管部门备案。地方标准由省、自治区、直辖市标准化行政主管部门制定，并报国务院标准化行政主管部门备案。企业标准是对企业范围内需要协调、统一的技术要求、管理要求和工作要求所制定的标准。企业生产的产品没有国家标准和行业标准的，应当制定企业标准。为适应国际贸易发展的需要，中国鼓励企业积极采用国际标准和国外先进标准。

（三）产品质量监督检查

产品质量监督，从广义上讲，是指国家、社会、用户、消费者对产品质量和产品质量认证体系所做的检验、检查、评价、措施等一系列活动的总称。因此，产品质量监督可分三种基本形式和途径：

1、行政性监督检查。包括国家监督检查和地方监督检查。国家对产品质量实行以抽查为主要方式的监督检查制度，对可能危及人体健康和人身、财产安全的产品；影响国计民生的重要工业品；用户、消费者反映问题较多的产品进行抽查。监督抽查的方式是由国家技术监督局直接组织国家质量监督检验中心进行抽查，按季抽查和不定期抽查。县级以上的地方产品质量监督部门在本行政区域内也可以组织监督抽查。国家监督抽查的产品，地方不得另行抽查。国家监督抽查不得向企业收取产品检验费，以保证抽查结果的公正性。国务院和地

方政府的产品质量监督检查部门应当定期发布其监督检查的产品的质量状况公告。对抽查产品质量不合格的企业，应当进行整改和服查。逾期不改正的，由省级以上人民政府产品质量监督部门予以公告；公告后经复查仍不合格的，责令停业，限期整顿；整顿期满后经复查产品质量仍不合格的，吊销营业执照。

2、舆论监督和社会团体监督。舆论监督是指广播、电视、报刊等舆论单位，按照国家的有关规定，运用新闻媒介，对产品质量进行监督。社会团体监督主要是指消费者协会和其他消费者组织依法对产品质量进行的社会监督。

3、用户和消费者的监督。这是对产品质量最直接的监督方式。由于此类监督主体地位相对较弱，因此需要法律作出切实有效的规定。中国的产品质量法和消费者权益保护法，赋予了用户和消费者对产品质量监督的权利，确保了这一监督渠道的畅通。

三、生产者、销售者的产品质量责任和义务

（一）概念

生产者、销售者的产品质量责任和义务,是指根据产品质量法规定,在产品生产过程中应当履行的保证产品质量的法定责任和义务。产品质量法对生产者、销售者的产品质量责任和义务规定主要有两类，既积极责任和消极责任，或者称作为义务和不作为义务，前者是指当事人必须作出做出一定行为的义务，而后者是指当事人不得做出一定行为的义务。

（二）生产者产品质量责任和义务

生产者应对其生产的产品质量负责。

1、产品质量应当符合下列要求：（一）不存在危及人身、财产安全的不合理的危险，有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的，应当符合该标准；（二）具备产品应当具备的使用性能，但是，对产品存在使用性能的瑕疵作出说明的除外；（三）符合在产品或者其包装上注明采用的产品标准，符合以产品说明、实物样品等方式表明的质量状况（第 26 条）。

2、产品或者其包装上的标识必须真实，并符合下列要求：（一）有产品质量检验合格证明；（二）有中文标明的产品名称、生产厂厂名和厂址；（三）根据产品的特点和使用要求，需要标明产品规格、等级、所含主要成份的名称和含量的，用中文相应予以标明；需要事先让消费者知晓的，应当在外包装上标明，或者预先向消费者提供有关资料；（四）限期使用的产品，应当在显著位置清晰地标明生产日期和安全使用期或者失效日期；（五）使用

不当，容易造成产品本身损坏或者可能危及人身、财产安全的产品，应当有警示标志或者中文警示说明。裸装的食品和其他根据产品的特点难以附加标识的裸装产品，可以不附加产品标识（第 27 条）。

3、易碎、易燃、易爆、有毒、有腐蚀性、有放射性等危险物品以及储运中不能倒置和其他有特殊要求的产品，其包装质量必须符合相应要求，依照国家有关规定作出警示标志或者中文警示说明，标明储运注意事项（第 28 条）。

4、不得违反《产品质量法》的禁止性规定：生产者不得生产国家明令淘汰的产品（第 29 条）。生产者不得伪造产地，不得伪造或者冒用他人的厂名、厂址（第 30 条）。生产者不得伪造或者冒用认证标志等质量标志（第 31 条）。生产者生产产品，不得掺杂、掺假，不得以假充真、以次充好，不得以不合格产品冒充合格产品（第 32 条）。

（三）销售者产品质量责任和义务

1、执行进货检查验收制度。销售者要保证所销售的产品符合质量要求，就必须严格执行进货检查验收制度，确保不让假冒产品、不合格产品进入流通流域。销售者在进货时，应当对所进货物进行检查验收，验明产品的合格证明和其他标识（第 33 条）。

2、采取措施保持产品质量（第 34 条）。生产者生产的产品通过销售者到达用户、消费者那里，中间常有一段“时间差”。在此期间内，可能因销售者未采取应有的保质措施而招致产品发生瑕疵或缺陷，所以产品质量法规定了销售者的此项义务。这一规定可以促使销售者增强对产品质量的责任感，防止产品质量在经销期间失效、变质。

3、执行产品质量标识制度（第 36 条、第 27 条）。销售者销售产品的标识应当符合生产者产品或其包装上标识的要求。销售者对用户、消费者还负有直接的告知产品警示标志和说明的义务。

4、不得违反《产品质量法》的禁止性规定。销售者不得销售国家明令淘汰并停止销售的产品和失效、变质的产品（第 35 条）。销售者不得伪造产地，不得伪造或者冒用他人的厂名、厂址（第 37 条）。销售者不得伪造或者冒用认证标志等质量标志（第 38 条）。销售者销售产品，不得掺杂、掺假，不得以假充真、以次充好，不得以不合格产品冒充合格产品（第 39 条）。

四、 产品质量责任制度

（一）产品质量民事责任

产品质量民事责任是指产品的生产者、销售者因违反产品质量法规定的或合同当事人约定的产品质量民事义务，应当承担的民事法律后果。根据《产品质量法》的规定，产品质量民事责任主要有两种，即产品瑕疵责任和产品缺陷责任。

1、产品瑕疵责任。产品瑕疵是指产品不具备应有的使用性能，不符合明示采用的产品质量标准，或不符合产品说明、实物样品等方式表明的质量状况。售出的产品有下列情形之一的，销售者应当负责修理、更换、退货；给购买产品的消费者造成损失的，销售者应当赔偿损失：（一）不具备产品应当具备的使用性能而事先未作说明的；（二）不符合在产品或者其包装上注明采用的产品标准的；（三）不符合以产品说明、实物样品等方式表明的质量状况的。销售者依照前款规定负责修理、更换、退货、赔偿损失后，属于生产者的责任或者属于向销售者提供产品的其他销售者（以下简称供货者）的责任的，销售者有权向生产者、供货者追偿。销售者未按照第一款规定给予修理、更换、退货或者赔偿损失的，由产品质量监督部门或者工商行政管理部门责令改正。生产者之间，销售者之间，生产者与销售者之间订立的买卖合同、承揽合同有不同约定的，合同当事人按照合同约定执行（第 40 条）。

2、产品缺陷责任。产品缺陷责任即产品责任是指产品存在缺陷给受害人造成人身伤害或产品以外的财产损失所产生的法律后果。产品缺陷的构成要件是：第一，产品存在缺陷。根据《产品质量法》的规定，缺陷是指产品存在危及人身、他人财产安全的不合理的危险；产品有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的，是指不符合该标准（第 46 条）。可见缺陷的实质是产品缺乏合理的安全性，即存在危及人身、他人财产安全的不合理危险，这种危险可能出自产品的设计、产品的制造，也可能出自产品的表示不符合规定。第二，产品缺陷造成了损害。只有在产品缺陷造成了受害人的实际损失时，才构成产品缺陷损失责任。第三，产品缺陷和损害事实之间存在必然的因果关系。

(1) 生产者产品责任。《产品质量法》规定，因产品存在缺陷，造成人身损害以及缺陷产品以外的其他财产损害的，生产者应当承担赔偿责任。 如果生产者能证明有下列情形之一的，可以免责：未将产品投入流通的；产品投入流通时，引起损害的缺陷尚不存在的；将产品投人流通时的科学、技术水平尚不能发现缺陷存在的（第 41 条）。

(2) 销售者产品责任。《产品质量法》规定，第一，由于销售者的过错使产品存在缺陷，造成人身、他人财产损害的，销售者应当承担赔偿责任。第二，销售者不能指明缺陷产品的生产者、供货者的，销售者承担赔偿责任（第 42 条）。

(3) 产品责任处理。产品责任处理即对已发生的产品责任的追究程序和具体责任形式。第一，产品责任追究程序。《产品质量法》规定，因产品存在缺陷，造成人身、他人财产损

害的，受害人可以向产品的生产者要求赔偿，也可以向产品的销售者要求赔偿（第 43 条）。生产者、销售者履行赔偿责任后，其相互之间的责任追究问题，实行过错原则，非责任方可向过错方追偿。第二，责任形式。一是人身伤害责任。《产品质量法》规定，因产品存在缺陷造成受害人人身伤害的，侵害人应当赔偿医疗费、因误工减少的收入、残废者生活补助费等费用，造成受害人死亡的并应当支付丧葬费、抚恤费、死者生前抚养的人的必要的生活费等费用（第 44 条第 1 款）；二是财产损失责任。《产品质量法》规定，因产品存在缺陷造成受害人财产损失的，侵害人应当恢复原状或者折价赔偿。受害人因此遭受其他重大损失的，侵害人应当赔偿损失（第 44 条第 2 款）。

(4) 产品责任时效。第一，诉讼时效。《产品质量法》规定了产品责任的诉讼时效为 2 年，自当事人知道或应当知道其权益受到损害时起计算。第二，请求权时效。《产品质量法》规定了要求赔偿的请求权期限为 10 年。但是未超过明示的安全使用期的除外（第 45 条）。

（二）产品质量行政责任

产品质量行政责任是指生产者、销售者因违反产品质量监督管理法律、法规，而应承担的法律后果。产品质量行政责任的“客体”包括瑕疵产品、缺陷产品以及违反产品质量标准和违反产品质量监督管理法律、法规的行为。产品质量行政责任由技术监督部门、工商行政管理部门追究和制裁。

产品质量行政责任只适用过错责任原则。产品质量行政责任的种类及罚则包括：

1、生产、销售不符合国家标准、行业标准的产品。销售不符合保障人体健康，人身、财产安全的国家标准、行业标准的产品的，责令停止销售。销售明知是不符合保障人体健康，人身、财产安全的国家标准、行业标准的产品，没收违法销售的产品和违法所得，并处违法所得一倍以上五倍以下的罚款，可以吊销营业执照（第 37 条）。

2、生产、销售伪劣产品。生产者、销售者在产品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好，或者以不合格产品冒充合格产品，责令停止生产、销售，没收违法所得，并处违法所得一倍以上五倍以下的罚款，可以吊销营业执照（第 38 条）。

3、生产国家明令淘汰的产品。生产国家明令淘汰的产品的，责令停止生产，没收违法生产的产品和违法所得，并处违法所得 1 倍以上 5 倍以下的罚款，可以吊销营业执照（第 39 条）。

4、销售变质、失效的产品。销售失效、变质产品的，责令停止销售，没收违法销售的产品和违法所得，并处违法所得 1 倍以上 5 倍以下的罚款，可以吊销营业执照（第 40 条）。

5、生产者、销售者伪造产品产地。生产者、销售者伪造产品的产地的，伪造或者冒用他人的厂名、厂址的，伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志的，责令公开更正，没收违法所得，可以并处罚款（第 41 条）。

6、产品标识不符合法律规定。产品标识不符合本法第 15 条规定的，责令改正；有包装的产品标识不符合本法第 15 条第 4 项、第 5 项规定，情节严重的，可以责令停止生产、销售，并可以处以违法所得百分之 15 至百分之 20 的罚款（第 43 条）。

7、伪造检验数据或者伪造检验结论的，责令更正，可以处以所收检验费 1 倍以上 3 倍以下的罚款；情节严重的，吊销营业执照（第 44 条）。

从事产品质量监督管理的工作人员滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊，尚未构成犯罪的，给予行政处分（第 47 条）。执行行政处罚的机关应为产品质量监督部门(技术监督局)和工商行政管理部门(法律、行政法规另规定行使处罚权的除外)，吊销营业执照处罚，只能由工商行政管理部门执行。

（三）产品质量刑事责任

1、生产者、销售者的刑事责任条款。（1）生产、销售不符合保障人体健康，人身、财产安全的国家标准、行业标准的产品，构成犯罪的，依法追究刑事责任（第 37 条）。（2）生产者、销售者在产品中掺杂、掺假，以次充好，或者以不合格产品冒充合格产品，构成犯罪的，依法追究刑事责任（第 38 条）。（3）销售变质、失效的产品，构成犯罪的，依法追究刑事责任（第 40 条）。（4）以行贿、受贿或者其他非法手段采购以上 3 种产品及以及国家明令淘汰的产品，构成犯罪的，依法追究刑事责任（第 42 条）。

2、国家工作人员的刑事责任条款。《产品质量法》规定，从事产品质量监督管理的国家工作人员滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊，以及包庇追究产品质量刑事责任的企业单位或个人，使之不受追诉，根据不同情况依照刑法规定追究刑事责任（第 47 条）。

3、其他刑事责任。《产品质量法》规定，以使用暴力、威胁方法阻碍从事产品质量监督管理的国家工作人员依法执行职务的，依照刑法有关规定追究刑事责任。未使用暴力、威胁方法阻碍上述人员执行公务的，按《治安管理处罚条例》的规定处罚（第 49 条）。

第五节　价格法

一、价格法的概念和基本原则

（一）价格法的概念

价格是价值的贷币表现。任何一个国家的价格问题都与国民经济的发展有直接的关系。中国随着市场经济体制的逐步确立，价格改革不断深化，国家实行并逐步完善宏观经济调控下主要由市场形成价格的机制，迫切需要用法律来规范和调整各种价格关系。

1997 年 12 月 29 日第 8 届人民代表大会常务委员会第 29 次会议通过了《价格法》。其目的是为了规范价格行为，发挥价格合理配置资源的作用，稳定市场价格总水平，保护消费者和经营者的合法权益，促进社会主义市场经济健康发展（第 1 条）。价格法是调整价格关系的法律规范的总称。价格法的调整对象是与价格的制定、执行和监督有关的各种价格关系。价格法有广义和狭义之分。广义的价格法包括调整价格关系的各种法律、法规和规章，如国家物价局发布的《关于价格违法行为的处罚规定》、《关于商品和收费实行明码标价制度的规定》等。狭义的价格法是指 1997 年 12 月 29 日通过、1998 年 5 月 1 日正式实施的《价格法》。

（二）价格法的基本原则

价格法的基本原则有：国家支持和促进公平、公开、合法的市场竞争，维持正常的价格秩序的原则；国家对价格活动实行管理、监督和必要的调控的原则；制定价格应符合价值规律的原则；维护国家、生产经营者和消费者的合法权益的原则。

二、价格的形式

《价格法》中所称的价格，包括商品价格和服务价格，其中商品价格是指各类有形产品和无形资产的价格。服务价格是指各类有偿服务的收费。《价格法》第 3 条规定，价格的制定应当符合价值规律，大多数商品和服务价格实行市场调节价，极少数商品和服务价格实行政府指导价或者政府定价。所以，中国法律规定了市场调节价、政府指导价和政府定价 3 种价格形式。

1、市场调节价。市场调节价是指经营者自主制定，通过市场竞争形成的价格。它适用于型号品种繁多，消费选择性强，生产周期短，供求能自行平衡，对国计民生影响不大的产

品和服务项目。市场调节价的管理主要依靠经济手段进行间接调节，必要时也不排除行政手段。如经营者有不正当的价格行为时，行政主管部门有权禁止。随着中国市场经济的发展，市场调节价格的范围不断扩大，只有极少数商品和服务实行政府指导价或者政府定价。

2、政府指导价。政府指导价是指依照《价格法》的规定，由政府价格主管部门或者其他有关部门按照定价权限和范围规定基准价及其浮动幅度，指导经营者制定的价格。

3、政府定价。政府定价是指依照《价格法》的规定，由政府价格主管部门或者其他有关部门，按照定价权限和范围制定的价格。

三、经营者的价格权利与义务

经营者应当改进生产经营管理、降低生产经营成本，为消费者提供价格合理的商品和服务，并在市场竞争中获取合法利润。《价格法》规定了经营者的价格权利和应承担的价格义务。

1、经营者进行价格活动，享有下列权利：（一）自主制定属于市场调节的价格；（二）在政府指导价规定的幅度内制定价格；（三）制定属于政府指导价、政府定价产品范围内的新产品的试销价格，特定产品除外；（四）检举、控告侵犯其依法自主定价权利的行为（第 11 条）。

2、经营者的价格义务。（1）遵守法律的义务。经营者进行价格活动，应当遵守法律、法规，执行依法制定的政府指导价、政府定价和法定的价格干预措施、紧急措施（第 12 条）。价格干预措施，是指当重要商品和服务价格显著上涨或者有可能显著上涨，国务院或者省、自治区、直辖市人民政府可以对部分价格采取限定差价率或者利润率、规定限价、实行提价申报制度和调价备案制度的宏观调控手段。价格紧急措施，是指当市场价格总水平出现剧烈波动等异常状态时，国务院可以在全国范围内或者部分区域内采取临时集中定价权限、部分或者全面冻结价格的控制价格波动的方式。价格干预措施和价格紧急措施是临时性的措施，当实施这些措施的条件不存在时，应及时解除。（2）明码标价的义务。经营者销售、收购商品和提供服务，应当按照政府价格主管部门的规定明码标价，注明商品的品名、产地、规格、等级、计价单位、价格或者服务的项目、收费标准等有关情况。经营者不得在标价之外加价出售商品，不得收取任何未予标明的费用（第 13 条）。

四、不正当价格行为

价格竞争是市场竞争的重要方式，正当的价格竞争能促使经营者不断地提高经营管理水平，对广大消费者有利，对社会经济的发展有利，所以国家支持和促进公平、公开、合法的市场竞争，而不正当的价格竞争损害其他经营者和消费者的合法权益，扰乱市场秩序，破坏社会主义市场经济健康有序的发展，应当禁止这种不正当的价格竞争行为。

《价格法》第 14 条规定下列行为是不正当的价格行为：（1）相互串通，操纵市场价格，损害其他经营者或者消费者的合法权益。（2）在依法降价处理鲜活商品、季节性商品、积压商品等商品外，为了排挤竞争对手或者独占市场，以低于成本的价格倾销，扰乱正常的生产经营秩序，损害国家利益或者其他经营者的合法权益。（3）捏造、散布涨价信息、哄抬价格，推动商品价格过高上涨的。（4）利用虚假的或者使人误解的价格手段，诱骗消费者或者其他经营者与其进行交易。（5）提供相同商品或者服务，对具有同等交易条件的其他经营者实行价格歧视。（6）采取抬高等级或者压低等级等手段收购、销售商品或者提供服务，变相提高或者压低价格。（7）违反法律、法规的规定牟取暴利。（8）法律、行政法规禁止的其他不正当价格行为。

五、政府的定价行为和价格总水平调控

（1）政府的定价行为

政府的定价行为是指政府在必要时制定某些商品和服务的价格或者指导价格的行为。

《价格法》规定了可以实行政府指导价或者政府定价的商品和服务的种类、定价权限和具体适用范围。下列商品和服务价格，政府在必要时可以实行政府指导价或者政府定价：（一）与国民经济发展和人民生活关系重大的极少数商品价格；（二）资源稀缺的少数商品价格；（三）自然垄断经营的商品价格；（四）重要的公用事业价格；（五）重要的公益性服务价格（第 18 条）。政府指导价、政府定价的定价权限和具体适用范围，以中央的和地方的定价目录为依据。中央定价目录由国务院价格主管部门制定、修订，报国务院批准后公布。地方定价目录由省、自治区、直辖市人民政府价格主管部门按照中央定价目录规定的定价权限和具体适用范围制定，经本级人民政府审核同意，报国务院价格主管部门审定后公布。省、自治区、直辖市人民政府以下各级地方人民政府不得制定定价目录（第 19 条）。

为了切实保障消费者的利益，《价格法》规定了价格听证会制度。制定关系群众切身利益的公用事业价格、公益性服务价格、自然垄断经营的商品价格等政府指导价、政府定价，

应当建立听证会制度，由政府价格主管部门主持，征求消费者、经营者和有关方面的意见，论证其必要性、可行性（第 23 条）。

（二）价格总水平调控

稳定市场价格总水平是国家重要的宏观经济政策目标。国家根据国民经济发展的需要和社会承受能力，确定市场价格总水平调控目标，列入国民经济和社会发展计划，并综合运用货币、财政、投资、进出口等方面的政策和措施，予以实现（第 26 条）。政府可以建立重要商品储备制度，设立价格调节基金，调控价格，稳定市场（第 27 条）。为适应价格调控和管理的需要，政府价格主管部门应当建立价格监测制度，对重要商品、服务价格的变动进行监测（第 28 条）。政府在粮食等重要农产品的市场购买价格过低时，可以在收购中实行保护价格，并采取相应的经济措施保证其实现（第 29 条）。当重要商品和服务价格显著上涨或者有可能显著上涨，国务院和省、自治区、直辖市人民政府可以对部分价格采取限定差价率或者利润率、规定限价、实行提价申报制度和调价备案制度等干预措施。省、自治区、直辖市人民政府采取前款规定的干预措施，应当报国务院备案（第 30 条）。当市场价格总水平出现剧烈波动等异常状态时，国务院可以在全国范围内或者部分区域内采取临时集中定价权限、部分或者全面冻结价格的紧急措施（第 31 条）。

六、价格监督检查

县级以上各级人民政府价格主管部门，依法对价格活动进行监督检查，并依照本法的规定对价格违法行为实施行政处罚（第 33 条）。政府价格主管部门进行价格监督检查时，可以行使下列职权：（一）询问当事人或者有关人员，并要求其提供证明材料和与价格违法行为有关的其他资料；（二）查询、复制与价格违法行为有关的帐簿、单据、凭证、文件及其他资料，核对与价格违法行为有关的银行资料；（三）检查与价格违法行为有关的财物，必要时可以责令当事人暂停相关营业；（四）在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，可以依法先行登记保存，当事人或者有关人员不得转移、隐匿或者销毁（第 34 条）。

消费者组织、职工价格监督组织、居民委员会、村民委员会等组织以及消费者，有权对价格行为进行社会监督。政府价格主管部门应当充分发挥群众的价格监督作用。新闻单位有权进行价格舆论监督（第 37 条）。政府价格主管部门应当建立对价格违法行为的举报制度。任何单位和个人均有权对价格违法行为进行举报。政府价格主管部门应当对举报者给予鼓励，并负责为举报者保密（第 38 条）。

七、违反价格法的法律责任

《价格法》规定了承担责任的方式，主要有 3 种：1、民事责任。如返还多收价款、赔偿损失等；2、行政责任。如责令改正、警告、罚款、没收违法所得、责令停业整顿、吊销营业执照等；3、刑事责任。价格工作人员泄露国家秘密、商业秘密以及滥用职权、徇私舞弊、玩忽职守、索贿受贿，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第六节　广告法

一、概述

广告一般是指为了特定目的，通过一定的媒介向公众传递某种信息的宣传方式。中国《广告法》规定，广告，是指商品经营者或者服务提供者承担费用，通过一定媒介和形式直接或者间接地介绍自己所推销的商品或者所提供的服务的商业广告（第 2 条第 2 款）。因此，中国《广告法》规范调整的广告，是指商业广告，不包括非商业性的社会公益广告。

1987 年 10 月 26 日，国务院颁布了《广告管理条例》，1988 年 1 月 9 日国家工商行政管理局发布了《广告管理条例施行细则》。1994 年 10 月 27 日第 8 届全国人民代表大会常务委员会第 10 次会议通过了《广告法》，并于 1995 年 2 月 1 日正式实施。

广告法的调整对象是广告关系。广告关系是广告监督管理机关、广告审查机关、广告主、广告经营者和发布者相互之间，在广告监督管理、广告审查和广告活动过程中所发生的社会关系。广告监督管理机关，是指县级以上人民政府工商行政管理部门；广告审查机关，是指依法对特殊广告负有审查职责的有关行政主管部门；广告主，是指为推销商品或者提供服务，自行或者委托他人设计、制作、发布广告的法人、其他经济组织或者个人（第 2 条第 3 款）；广告经营者，是指受委托提供广告设计、制作、代理服务的法人、其他经济组织或者个人（第 2 条第 4 款）；广告发布者，是指为广告主或者广告主委托的广告经营者发布广告的法人或者其他经济组织（第 2 条第 5 款）。广告法调整的广告关系，主要包括以下几方面的内容：一、广告监督管理机关在实施广告监督管理过程中与广告主、广告经营者和广告

发布者发生的社会关系；二、广告审查机关在实施广告审查的过程中与广告主发生的社会关系；三、广告主、广告经营者和广告发布者在进行广告活动的过程中相互间发生的关系。

二、广告准则

广告准则是指广告的基本标准和要求。《广告法》对广告的一般准则和特殊商品广告的特殊准则作了较为详细的规定。

1、广告的一般准则

（1）广告内容应当合法。《广告法》规定，广告内容应当有利于人民的身心健康，促进商品和服务质量的提高，保护消费者的合法权益，遵守社会公德和职业道德，维护国家的尊严和利益。广告不得有下列情形：使用中华人民共和国国旗、国徽、国歌；使用国家机关和国家机关工作人员的名义；使用国家级、最高级、最佳等用语；妨害社会安定和危害人身、财产安全，损害社会公共利益；妨碍社会公共秩序和违背社会良好风尚；含有淫秽、迷信、恐怖、暴力、丑恶的内容；含有民族、种族、宗教、性别歧视的内容；妨碍环境和自然资源保护（第 7 条）。同时广告不得贬低其他生产经营者的商品或者服务（第 12 条）。

（2）广告中对商品的性能、产地、用途、质量、价格、生产者、有效期限、允诺或者对服务的内容、形式、质量、价格、允诺有表示的，应当清楚、明白（第 9 条第 1 款）。广告使用数据、统计资料、调查结果、文摘、引用语，应当真实、准确，并表明出处（第 10 条）。如涉及专利产品或者方法，应标明专利号和专利种类（第 11 条）。在广告中推销商品附赠礼品的，应当标明赠送的品种和数量（第 9 条第 2 款）。广告应当具有可识别性，能够使消费者辨明其为广告。大众传播媒介不得以新闻报道形式发布广告。通过大众传播媒介发布的广告应当有广告标记，与其他非广告信息相区别，不得使消费者产生误解（第 13 条）。

2、特殊商品广告的特殊准则

（1）药品、医疗器械广告的特殊准则。由于药品和医疗器械与人们的身体健康和生命安全密切相关，所以，法律对这些产品的广告有更为严格的要求。按照《广告法》关于药品和医疗器械广告的特殊准则的规定，药品、医疗器械广告不得有下列内容：(一)含有不科学的表示功效的断言或者保证的；(二)说明治愈率或者有效率的；(三)与其他药品、医疗器械的功效和安全性比较的；(四)利用医药科研单位、学术机构、医疗机构或者专家、医生、患者的名义和形象作证明的；(五)法律、行政法规规定禁止的其他内容（第 14 条）。

药品广告的内容必须以国务院卫生行政部门或者省、自治区、直辖市卫生行政部门批准的说明书为准，不能擅自更改说明书的内容（第 15 条第 1 款）。这样规定的目的在于防止因宣传不当导致的滥用的后果发生，以保护人们的身体健康和生命安全。国家规定的应当在医生指导下使用的治疗性药品广告中，必须注明“按医生处方购买和使用”（第 15 条第 2 款）。这也是为了防止乱购、滥用药品，保障人们的身体健康。麻醉药品、精神药品、毒性药品、放射性药品等特殊药品，不得做广告（第 16 条）。麻醉药品是指连续使用后易产生身体依赖性，能成瘾癖的药品。精神药品是指直接作用于中枢神经系统，使之兴奋或者抑制，连续使用能产生依赖性的药品。毒性药品是指毒性剧烈、治疗剂量与中毒剂量相近，使用不当会致人中毒或者死亡的药品。放射性药品是指用于临床诊断或者治疗的放射性核素制剂或者其标记药物。

（2）农药广告的特殊准则。农药是防治农作物病、虫、草、鼠害或者调节生长、保证农业丰收的重要生产资料。科学地使用农药是提高农作物产量质量的重要保证。由于农药的优劣在一定程度上关系到某一特定区域的农业收成的好坏，同时又因为使用农药不当可能造成人民群众生命和财产的损害，所以《广告法》规定，农药广告不得有下列内容：(一)使用无毒、无害等表明安全性的绝对化断言的；(二)含有不科学的表示功效的断言或者保证的；(三)含有违反农药安全使用规程的文字、语言或者画面的；(四)法律、行政法规规定禁止的其他内容（第 17 条）。

（3）对烟草广告的特殊要求。吸烟有害健康这一观点已被社会公众普遍接受。中国《广告法》规定，禁止利用广播、电影、电视、报纸、期刊发布烟草广告。禁止在各类等候室、影剧院、会议厅堂、体育比赛场馆等公共场所设置烟草广告。烟草广告中必须标明“吸烟有害健康”（第 18 条）。

（4）对食品、酒类、化妆品广告的特殊要求。《广告法》第 19 条规定，食品、酒类、化妆品广告的内容必须符合卫生许可的事项，并不得使用医疗用语或者易与药品混淆的用语。

三、广告活动

广告活动，是指广告主、广告经营者和发布者设计、制作和发布广告等行为的总称。《广告法》对广告活动主体的义务及户外广告的管理等作了规定。

1、广告活动主体的义务

广告活动主体的义务有：一、不得进行任何形式的不正当竞争（第 21 条）；二、符合国家工商管理法规的规定；三、不得在广告中擅自使用他人的名义、形象；四、广告收费合理、公开；五、不得设计、制作、发布国家法律行政法规禁止的广告。

2、对户外广告的限制

《广告法》第 32 条规定了不得设置户外广告的情形：一、利用交通安全设施、交通标志的；二、影响市政公共设施、交通安全设施、交通标志使用的；三、妨碍生产或者人民生活、损害市容市貌的；四、国家机关、文物保护单位和名胜风景点的建筑控制地带；五、当地县级以上地方人民政府禁止设置户外广告的区域。

3、广告的审查

《广告法》规定了两个方面的审查：一、广告经营者、广告发布者对其经营、发布的广告进行的审查。《广告法》第 27 条规定，广告经营者、发布者依据法律、行政法规查验有关证明文件、核实广告内容。对内容不实或者证明文件不全的广告，广告经营者不得提供设计、制作、代理服务，广告发布者不得发布。二、广告审查机关对特殊商品广告进行的审查。《广告法》第 34 条规定，利用广播、电影、电视、报纸、期刊以及其他媒介发布药品、医疗器械、农药、兽药等商品的广告和法律、行政法规规定应当进行审查的其他广告，必须在发布前依照有关法律、行政法规的规定由广告审查部门对广告内容进行审查，未经审查不得发布。

四、违反广告法的法律责任

《广告法》第 5 章规定了承担责任的方式，主要有：（1）民事责任。因虚假广告等违法行为损害了他人的经济利益，应依法承担民事赔偿责任。（2）经济行政责任。一、责令停止发布。为商品或者服务作虚假宣传的，由广告监督管理机关责令停止发布；二、公开更正，消除影响；三、没收广告费用；四、罚款；五、停止广告业务。（3）刑事责任。违反法律规定，情节严重构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第七节　消费者权益保护法

一、消费者权益保护法概述

（一）消费者权益保护法的概念

中国《消费者权益保护法》（1993 年 10 月 31 日第 8 届全国人民代表大会常务委员会第 4 次会议通过，根据 2009 年 8 月 27 日第 11 届全国人民代表大会常务委员会第 10 次会议《关于修改部分法律的决定》第一次修正，根据 2013 年 10 月 25 日第 12 届全国人民代表大会常务委员会第 5 次会议《关于修改〈中华人民共和国消费者权益保护法〉的决定》第二次修正）规定，消费者是指为生活消费需要而购买、使用商品或接受服务的人（第 2 条）。它具有以下法律特征：

第一，消费者的消费在性质上属于生活消费。消费包括生产消费和生活消费。生活消费是人们为了生存和发展而最终消耗物质产品和精神产品的行为过程，它与人们的日常生活密切相关。至于生产消费，则不属于消费者权益保护法的调整范围。这是因为生产消费的结果是生产出新的产品，它本身属于生产过程。在生产消费过程中所产生的各种社会关系，应适用其他法律进行调整。

第二，消费者消费的客体是商品和服务。消费客体涵盖的范围很大，涉及人们的衣食住行、医疗、文化、教育、保险等生活消费所需要的各个方面的商品和服务。但法律禁止购买、使用的商品和禁止接受的服务，不属于消费者权益保护法规定的商品和服务。

第三，消费者的消费方式包括购买、使用商品和接受服务。在生活消费过程中，商品的购买者可以同时是该商品的使用者；也可以由购买者购买商品，然后供他人使用。服务也是如此。就一项服务来说，服务费用的承担者既可以自己来接受该服务，也可以由他人来接受该服务。因此，消费方式可以有多种情形。

第四，消费者作为消费主体，主要是指个人，但也包括购买生活消费品，以满足个人消费需要的组织。

消费者权益保护法是保障消费者合法权益，规制经营者经营活动，调整生活消费关系的法律规范的总称。为了准确地理解消费者权益保护法的概念，需要做如下说明：

第一，消费者权益保护法的调整对象是生活消费关系。消费是社会生产的重要环节之一，是生产、交换、分配的目的和归宿。消费包括生产消费和生活消费两方面，消费者权益保护法只调整生活消费关系，而生产消费关系则与其无关。早期的生活消费关系是由民商法来加以调整的，后来日益发展成为由独立的经济法调整的对象。

第二，消费者权益保护法的根本宗旨是保护消费者权益。消费者权益保护法的保护对象是消费者，规制的对象是经营者。消费者权益保护法以保护消费者的权益为目的，以规制经营者的经营为手段，明确规定了消费者的权利，同时也明确地设定了经营者的义务，这正是消费者权益保护法规制生活消费关系的特点。

第三，消费者权益保护法有广义和狭义之分。广义的消费者权益保护法是指调整生活消费关系的所有法律、法规的整体，诸如民法通则、产品质量法、反不正当竞争法、商标法、广告法、食品卫生法、价格法以及其他法律、法规中有关消费者权益保护的规范。狭义的消费者权益保护法仅指消费者权益保护的基本法，在中国就是指《中华人民共和国消费者权益保护法》。该法是中国保护消费者权益的基本法律。

（二）消费者权益保护法的适用范围

根据《消费者权益保护法》的规定，消费者权益保护法的适用范围是：1、消费者为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务，其权益受该法保护（第 2 条）。2、经营者为消费者提供其生产、销售的商品或者提供服务，应当遵守该法（第 3 条）。3、在消费者权益保护法对某些问题未作规定时，经营者应当遵守其他有关法律、法规（第 2 条、第 3 条）。4、农民购买、使用直接用于农业生产的生产资料，参照本法执行（第 62 条）。

二、消费者的法定权利

消费者的权利是指法律所规定的、消费者在消费领域中所享有的权利。消费者的权利是消费者利益在法律上的体现，是国家对消费者进行保护的前提和基础。消费者权利可以表现为消费者有权自己作出一定的行为，也可以表现为消费者有权要求他人作出一定的行为。

中国《消费者权益保护法》规定了消费者应当享有的 9 项权利。

（一）安全保障权

安全保障权又称保障安全权，是消费者最重要、最基本和最关心的权利。它是指消费者购买、使用商品和接受服务时，享有人身、财产安全不受损害的权利。由于消费者取得产品和服务是用于生活消费，所以产品和服务必须绝对安全、可靠，必须绝对保证产品和服务不会损害消费者的生活与健康。消费者依法有权要求经营者在提供商品或服务时，必须满足保障人身、财产安全的基本要求。

安全保障权包括人身安全权和财产安全权两项内容。人身健康和财产安全的标准有主观标准和客观标准。主观标准是人们制定的标准，包括国家标准、行业标准。商品和服务有国

家标准和行业标准的，必须符合该标准。客观标准是人们在正常使用的情况下，所应达到的安全标准。即商品和服务没有国家标准、行业标准的，必须符合社会公认的安全、卫生标准。

（二）知悉真情权

知悉真情权又称知情权、了解权，是指消费者享有知悉其购买、使用商品或接受服务的真实情况的权利。知情权是消费者正确选择商品或服务以及正确加以使用的前提。依据该法规定，消费者有权根据商品或者服务的不同情况，要求经营者提供商品的价格、产地、生产者、用途、性能、规格、等级、主要成分、生产日期、有效期限、检验合格证明、使用方法说明书、售后服务，或者服务的内容、规格、费用等有关情况。

为了确保消费者的知情权，消费者可以要求经营者提供商品或服务的相关信息。这些信息的主要内容包括以下三点：1、关于商品或者服务的基本情况；2、关于商品的有关技术状况的标示；3、关于商品的售后服务的情况；

（三）自主选择权

自主选择权亦称选择权，是指消费者享有的自主选择商品或者服务的权利。消费者可以根据自己的经验、爱好、需求，自主判断、自主决策、自主选择商品或服务，在购买商品或接受服务时，不受任何人的强制。这是消费者的一项最基本的权利。该权力包括以下几种：1、自主选择商品或服务的经营者的权利；2、自主选择商品品种或者服务方式的权利；3、自主决定购买或者不购买任何一种商品，接受或者不接受任何一项服务的权利；4、在自主选择商品或者服务时，享有进行比较、鉴别和挑选的权利。

（四）公平交易权

公平交易权，是指消费者在购买商品或者接受服务时，享有获得质量保障、价格合理、计量正确等公平交易条件的权利。消费者凭借该权利，可以拒绝经营者的强制交易行为。公平交易权的功能在于确保消费者的经济利益不受侵害，在公平合理的交易条件下支付对价，满足消费主体的需求。

在消费法律关系中，消费者与经营者的法律地位平等，当二者进行交易时，都享有公平交易的权利。但从消费者活动的全过程看，消费者购买商品或接受服务，往往处于弱势，因而应从法律上给予特别保护。

根据中国《消费者权益保护法》的规定，消费者享有的公平交易权主要体现在：第一，消费者在购买商品或者接受服务时，有权获得质量保障、价格合理、计量正确等公平交易条件。第二，消费者有权拒绝经营者的强制交易行为（第 10 条）。

（五）依法求偿权

依法求偿权即损害赔偿权，是指消费者在因购买、使用商品或者接受服务受到人身、财产损害时，依法享有的要求获得赔偿的权利。

有权获得赔偿的主体，即受害人，出了商品的购买者、使用者、接受服务者，还包括受损害的第三人。第三人是除商品的购买者、使用者和服务的接受者之外的，因为偶然原因而在事故现场受到损害的其他人。尽管第三人所受到的损害不是由于本身购买、使用商品或者接受服务而引起的，但本法同样也赋予其求偿权。

关于赔偿数额，一般来说应赔偿受害人的全部损失。造成人身伤害的，应赔偿医疗费、医疗期间的护理费、因误工减少的收入、残疾者生活自助器具费用和生活补助费等；对于完全丧失劳动能力的，还应支付其负有抚养和赡养责任的人所必需的生活费。造成损害人死亡的，应支付丧葬费、抚养费、死者生前抚养和赡养的人所必需的生活费等。

（六）依法结社权

依法结社权是指消费者享有的依法成立或参加维护自身合法权益的社会团体的权利。消费者与经营者相比，处于弱者的地位，消费者依法行使结社权，可以使消费者从弱小、分散走向强大和集中，从而加强消费者与拥有雄厚实力的经营者相抗衡的力量。目前，中国的消费者社会团体主要是中国消费者协会和地方各级消费者协会。

（七）知识获取权

知识获取权亦称受教育权或求教获知权，是指消费者享有的获得有关消费和消费者权益保护方面的知识的权利。消费者获得有关知识的权利，其功能主要在于确保消费者掌握所需商品或者服务的知识和使用技能，以及获取所需的法律知识，以便正确使用商品和接受服务，提高自我保护能力。

这一权利包括两个方面的知识，第一，获得有关消费方面的知识，比如有关消费观的知识；有关商品和服务的基本知识；有关市场的知识。第二，获得有关消费者保护方面的知识，主要是指消费者权益保护的法律、法规和政策，以及保护机构和争议解决途径等方面的知识。

（八）维护尊严权

维护尊严权又称受尊重权，是指消费者在购买、使用商品和接受服务时，享有其人格尊严、民族风俗习惯得到尊重，不受侵犯的权利。尊重消费者的人格尊严和民族风俗习惯，是尊重和保障人权的重要内容，也是社会文明的标志。消费者的消费活动以获取商品或接受服务为目的，不能以丧失人格尊严为代价。因为人格尊严对于一个独立的主体是至关重要的，

丧失了人格尊严，实质上也就丧失了主体资格。为此，法律规定经营者不得对消费者进行侮辱、诽谤，不得搜查消费者的身体及其携带的物品，不得侵害消费者的人身自由。

（九）监督批评权

监督批评权是指消费者享有的对商品和服务以及保护消费者权益工作进行监督的权利。其主要内容包括：消费者有权检举、控告侵害消费者权益的行为和国家机关及其工作人员在保护消费者权益工作中的违法失职行为，有权对保护消费者权益工作提出批评、建议。

三、经营者的法定义务

消费者的权利在一定程度上是通过经营者履行义务来实现的。在消费法律关系中，经营者的义务是与消费者的权利相对应的，消费者所享有的权利一般就是经营者应承担的义务。经营者的义务可以表现为消费者要求经营者作出一定的行为，也可以表现为经营者必须抑制一定的行为。

《消费者权益保护法》对经营者的义务作出了如下规定：

（一）依法或依约履行的义务（第 16 条）

经营者的义务有的是法定的，有的是约定的。在经营者的义务为法定义务的情况下，经营者向消费者提供商品或者服务，必须依法履行义务。除此之外，其他相关法律、法规为经营者所规定的义务，也是经营者的法定义务。在经营者和消费者另有约定的场合，经营者还必须依约履行约定的义务，但双方的约定不得违背法律、法规的规定。

（二）听取意见和接受监督的义务（第 17 条）

经营者应当听取消费者对其提供的商品或者服务的意见，接受消费者的监督。经营者听取意见和接受监督的义务与消费者享有的监督权是一个问题的两个方面，法律赋予消费者监督权，只是为消费者检举、控告经营者的不法经营提供了法律依据，消费者监督权的真正实现，有赖于经营者主动听取消费者的意见，并主动接受监督。从这个意义上说，经营者听取意见和接受监督的义务，实质上是实现消费者监督权的保障。

（三）保障人身和财产安全的义务（第 18 条）

这是与消费者的安全保障权相对应的经营者的义务。经营者应当保证其提供的商品或者服务符合保障人身、财产安全的要求。对可能危及人身、财产安全的商品和服务，应当向消费者作出真实的说明和明确的警示，并说明和标明正确使用商品或者接受服务的方法以及防止危害发生的方法。

经营者发现其提供的商品或者服务存在严重缺陷，即使正确使用商品或者接受服务仍然可能对人身、财产安全造成危害的，应当立即向有关行政部门报告和告知消费者，并采取防止危害发生的措施。

（四）不作虚假宣传和标示的义务（第 20 条、第 21 条）

经营者应当向消费者提供有关商品或者服务的真实信息，不得作引人误解的虚假宣传。商店提供商品应当明码标价，经营者应当标明其真实名称和标记。租赁他人柜台或者场地的经营者，应当标明其真实名称和标记。经营者对消费者就其提供的商品或者服务的质量和使用方法等问题提出的询问，应当作出真实、明确的答复。经营者的此项义务是与消费者的知悉真情权、自主选择权相对应的义务，经营者对此项义务的履行是消费者实现相应权利的前提。

（五）出具购货凭证或服务单据的义务（第 22 条）

经营者提供商品或者服务，应当按照国家有关规定或者商业惯例向消费者出具发票等购货凭证或者服务单据；消费者索要发票等购货凭证或者服务单据的，经营者必须出具。法律为经营者设定此项义务的目的，一方面是为了防止经营者偷税、逃税，以维护国家税法的尊严；另一方面，则是为了便于解决消费者与经营者之间的消费争议，强调购货凭证和服务单据的证据作用。

（六）质量担保义务（第 23 条、第 24 条）

经营者应当保证在正常使用商品或者接受服务的情况下其提供的商品或者服务应当具有的质量、性能、用途和有效期限；但消费者在购买该商品或者接受该服务前已经知道其存在瑕疵，且存在该瑕疵不违反法律强制性规定的除外。经营者以广告、产品说明、实物样品或者其他方式表明商品或者服务的质量状况的，应当保证其提供的商品或者服务的实际质量与表明的质量状况相符。经营者提供的机动车、计算机、电视机、电冰箱、空调器、洗衣机等耐用商品或者装饰装修等服务，消费者自接受商品或者服务之日起六个月内发现瑕疵，发生争议的，由经营者承担有关瑕疵的举证责任（第 23 条）。经营者提供的商品或者服务不符合质量要求的，消费者可以依照国家规定、当事人约定退货，或者要求经营者履行更换、修理等义务。没有国家规定和当事人约定的，消费者可以自收到商品之日起七日内退货；七日后符合法定解除合同条件的，消费者可以及时退货，不符合法定解除合同条件的，可以要求经营者履行更换、修理等义务。依照前款规定进行退货、更换、修理的，经营者应当承担运输等必要费用（第 24 条）。

（七）不得从事不公平、不合理交易的义务（第 26 条）。经营者在经营活动中使用格式条款的，应当以显著方式提请消费者注意商品或者服务的数量和质量、价款或者费用、履行期限和方式、安全注意事项和风险警示、售后服务、民事责任等与消费者有重大利害关系的内容，并按照消费者的要求予以说明。经营者不得以格式条款、通知、声明、店堂告示等方式，作出排除或者限制消费者权利、减轻或者免除经营者责任、加重消费者责任等对消费者不公平、不合理的规定，不得利用格式条款并借助技术手段强制交易。格式条款、通知、声明、店堂告示等含有前款所列内容的，其内容无效。

（八）不得侵犯消费者人身权的义务（第 27 条）

经营者不得对消费者进行侮辱、诽谤，不得搜查消费者的身体及其携带的物品，不得侵犯消费者的人身自由。

四、消费争议的解决

（一）消费争议的概念

消费争议又称消费纠纷，是指在消费领域中，消费者与经营者之间因消费者权利义务而发生的争执。

从中国实践看，消费争议主要有以下 4 类：1、消费者在购买、使用商品或接受服务的过程中，由于经营者不依法履行义务或不适当履行义务，或者消费者认为经营者不依法履行或不适当履行义务，致使消费者的合法权益受到损害所产生的争议。2、消费者与经营者对提供的商品或者服务看法不一致所产生的争议。3、经营者侵犯消费者的权利，或者消费者认为经营者侵犯其权利所产生的争议。4、在消费过程中产生的其他争议。

（二）消费争议的解决途径

消费争议实质上是平等民事主体之间关于民事权利义务的纠纷，在法律性质上属于民事纠纷，因此其解决途径具有显著的民事纠纷处理的特点。根据《消费者权益保护法》的规定，消费争议主要通过下列途径解决：

1、消费者与经营者协商解决（第 39 条第 1 项）。所谓协商解决，就是由消费争议的双方当事人在平等自愿基础上，就有关争议进行协商，最终达成解决争议的方案。协商是消费者与经营者解决争议的最基本、最简便、最快捷的方式之一。但协商解决也存在不足，主要表现在该方式缺乏国家强制力和约束力，和解方案未必公平合理，且有时经营方会利用协商

故意推诿，拖延时间，逃避责任。因此，消费者在采取此种方式不能解决争议时，应当及时寻求其他解决途径。

2、请求消费者协会调解（第 39 条第 2 项）。调解是指在消费者与经营者之间，由消费者协会作为第三方，就有关争议进行协商，双方达成协议，以解决争议的方式。消费者协会是消费者在市场经济条件下维护自身利益而组织起来的群众性的社会团体。其基本任务是保护消费者的合法权益，对商品和服务进行社会监督。消费者协会在应消费者的请求调解消费纠纷时，应坚持自愿原则、合法原则和实事求是原则。由消费者协会作为中间协商人参加的调节属民间调节。

3、向有关行政部门申诉（第 39 条第 3 项）。消费者在发生消费争议时，不愿意通过协商和解，也不愿意请求调解，或协商和解不成时，亦可以向有关行政部门申诉，要求给予处理。有关行政部门主要是工商行政管理机关和质量监督管理机关等，这些机关可以依职权对不法行为做出处罚，以保护消费者合法权益。

4、提请仲裁机关仲裁。消费者可以依据与经营者达成的仲裁协议，将消费争议提请仲裁机构仲裁（第 39 条第 4 项）。根据中国《仲裁法》的规定，仲裁采取“一裁终局”制度，仲裁裁决具有最终的法律效力。

5、向人民法院提起诉讼（第 39 条第 5 项）。消费争议亦可通过民事诉讼程序解决。

（三）求偿主体与赔偿主体的确定

为保证在发生消费争议时，能够准确确定责任承担者，中国《消费者权益保护法》就求偿主体以及最终赔偿主体(责任者)的确定，作出了如下规定：

1、消费者在购买、使用商品时，其合法权益受到损害的，可以向销售者要求赔偿。销售者赔偿后，属于生产者的责任或者属于向销售者提供商品的其他销售者的责任的，销售者有权向生产者或者其他销售者追偿（第 40 条第 1 款）。

2、消费者或者其他受害人因商品缺陷造成人身、财产损害的，可以向销售者要求赔偿，也可以向生产者要求赔偿。属于生产者责任的，销售者赔偿后，有权向生产者追偿。属于销售者责任的，生产者赔偿后，有权向销售者追偿（第 40 条第 2 款）。

3、消费者在接受服务时，其合法权益受到损害的，可以向服务者要求赔偿（第 41 条）。

4、消费者在购买、使用商品或者接受服务时，其合法权益受到损害，因原企业分立、合并的，可以向变更后承受其权利义务的企业要求赔偿（第 41 条）。

5、使用他人营业执照的违法经营者提供商品或者服务，损害消费者合法权益的，消费者可以向其要求赔偿，也可以向营业执照的持有人要求赔偿（第 42 条）。

6、消费者在展销会、租赁柜台购买商品或者接受服务，其合法权益受到损害的，可以向销售者或者服务者要求赔偿。展销会结束或者租赁柜台租赁期满后，也可以向展销会的举办者、柜台的出租者要求赔偿。展销会的举办者、柜台的出租者赔偿后，有权向销售者或者服务者追偿（第 43 条）。

7、消费者因经营者利用虚假广告提供商品或者服务，其合法权益受到损害的，可以向经营者要求赔偿。广告的经营者发布虚假广告的，消费者可以请求行政主管部门予以惩处。广告的经营者不能提供经营者的真实名称、地址的，应当承担赔偿责任（第 45 条）。

五、法律责任

（一）民事责任

1、承担民事责任的概括性规定

经营者提供商品或者服务有下列情形之一的，除本法另有规定外，应当依照其他有关法律、法规的规定，承担民事责任：（一）商品或者服务存在缺陷的；（二）不具备商品应当具备的使用性能而出售时未作说明的；（三）不符合在商品或者其包装上注明采用的商品标准的；（四）不符合商品说明、实物样品等方式表明的质量状况的；（五）生产国家明令淘汰的商品或者销售失效、变质的商品的；（六）销售的商品数量不足的；（七）服务的内容和费用违反约定的；（八）对消费者提出的修理、重作、更换、退货、补足商品数量、退还货款和服务费用或者赔偿损失的要求，故意拖延或者无理拒绝的；（九）法律、法规规定的其他损害消费者权益的情形。经营者对消费者未尽到安全保障义务，造成消费者损害的，应当承担侵权责任（第 48 条）。

2、关于侵犯人身权的民事责任

⑴经营者提供商品或者服务，造成消费者或者其他受害人人身伤害的，应当支付医疗费、治疗期间的护理费、因误工减少的收入等费用，造成残疾的，还应当支付残疾者生活自助用具费、生活补助费、残疾赔偿金以及由其扶养的人所必需的生活费等费用。

⑵经营者提供商品或者服务，造成消费者或者其他受害人死亡的，应当支付丧葬费、死亡赔偿金以及由死者生前扶养的人所必需的生活费等费用。

⑶经营者侵害消费者的人格尊严或者侵犯消费者人身自由的应当停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉，并赔偿损失。

3、关于侵犯财产权的民事责任

（1）经营者提供商品或者服务，造成消费者财产损害的，应当按照消费者的要求，以修理、重作、更换、退货、补足商品数量、退还货款和服务费用或者赔偿损失等方式承担民事责任。消费者与经营者另有约定的，按照约定履行（第 52 条）。

（2）对国家规定或者经营者与消费者约定包修、包换、包退的商品，经营者应当负责修理、更换或者退货。在保修期内两次修理仍不能正常使用的，经营者应当负责更换或者退货。对包修、包换、包退的大件商品，消费者要求经营者修理、更换、退货的，经营者应当承担运输费用。

（3）经营者以邮购方式提供商品的，应当按照约定提供。未按照约定提供的，应当按照消费者的要求履行约定或者退回货款，并应当承担消费者必须支付的合理费用。

（4）经营者以预收款方式提供商品或者服务的，应当按照约定提供。未按照约定提供的，应当按照消费者的要求履行约定或者退回预付款；并应当承担预付款的利息和消费者必须支付的合理费用（第 53 条）。

（5）依法经有关行政部门认定为不合格的商品，消费者要求退货的，经营者应当负责退货（第 54 条）。

（6）经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务费用的一倍（第 55 条）。

（二）行政责任

经营者有下列情形之一，除承担相应的民事责任外，其他有关法律、法规对处罚机关和处罚方式有规定的，依照法律、法规的规定执行；法律、法规未作规定的，由工商行政管理部门或者其他有关行政部门责令改正，可以根据情节单处或者并处警告、没收违法所得、处以违法所得 1 倍以上 10 倍以下的罚款，没有违法所得的，处以 50 万元以下的罚款；情节严重的，责令停业整顿、吊销营业执照：（一）提供的商品或者服务不符合保障人身、财产安全要求的；（二）在商品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好，或者以不合格商品冒充合格商品的；（三）生产国家明令淘汰的商品或者销售失效、变质的商品的；（四）伪造商品的产地，伪造或者冒用他人的厂名、厂址，篡改生产日期，伪造或者冒用认证标志等质量标志的；（五）销售的商品应当检验、检疫而未检验、检疫或者伪造检验、检疫结果的；（六）对商品或者服务作虚假或者引人误解的宣传的；（七）拒绝或者拖延有关行政部门责令对缺

陷商品或者服务采取停止销售、警示、召回、无害化处理、销毁、停止生产或者服务等措施的；（八）对消费者提出的修理、重作、更换、退货、补足商品数量、退还货款和服务费用或者赔偿损失的要求，故意拖延或者无理拒绝的；（九）侵害消费者人格尊严、侵犯消费者人身自由或者侵害消费者个人信息依法得到保护的权利的；（十）法律、法规规定的对损害消费者权益应当予以处罚的其他情形。经营者有前款规定情形的，除依照法律、法规规定予以处罚外，处罚机关应当记入信用档案，向社会公布（第 56 条）。

（三）刑事责任

1、经营者提供商品或者服务，造成消费者或者其他受害人人身伤害或者死亡，构成犯罪的，依法追究刑事责任（第 57 条）。

2、以暴力、威胁等方法阻碍有关行政部门工作人员依法执行职务的，依法追究刑事责任；拒绝、阻碍有关行政部门工作人员依法执行职务，未使用暴力、威胁方法的，由公安机关依照《中华人民共和国治安管理处罚条例》的规定处罚（第 60 条）。

3、工作人员有玩忽职守或者包庇经营者侵害消费者合法权益的行为的，由其国家机关所在单位或者上级机关给予行政处分；情节严重，构成犯罪的，依法追究刑事责任（第 61 条）。

第八节　房地产法

一、房地产法概述

房地产是房产和地产的通称，两者不可分割。房产是指土地上的房屋等建筑和构筑物。地产是指供人们开发、使用和经营的土地，这里所说的地产是指房屋等建筑物和构筑物所占用的土地。房地产开发是指从事房地产开发的企业，为了实现城市规划和城市建设（包括城区开发和旧区改建）而从事的土地开发和房屋建设等行为的总称。

房地产开发根据开发的区域不同可分为原始开发和再开发。原始开发是指房地产开发企业对城市新区、大城市卫星区开发；再开发是指对旧城市的改造、改建和扩建。根据开发对象不同可分为土地开发和房地产开发。根据统一开发的内容和范围不同可分为单一开发和综

合开发。单一开发是指开发某一块地、几幢房的小范围开发；综合开发是指对一大片或一个区域的土地和房屋进行综合开发建设。

房地产法是指调整在城市规划区国有土地范围内取得土地使用权，从事房地产开发、交易，进行管理的法律规范的总称，中国房地产法有《中华人民共和国土地管理法》（1986年6月25日第6届全国人民代表大会常务委员会第16次会议通过根据，1988年12月29日第7届全国人民代表大会常务委员会第5次会议《关于修改〈中华人民共和国土地管理法〉的决定》第一次修正，1998年8月29日第9届全国人民代表大会常务委员会第4次会议修订，根据2004年8月28日第10届全国人民代表大会常务委员会第11次会议《关于修改〈中华人民共和国土地管理法〉的决定》第二次修正）、《中华人民共和国城乡规划法》（中华人民共和国第10届全国人民代表大会常务委员会第30次会议于2007年10月28日通过，自2008年1月1日起施行）、《中华人民共和国城市房地产管理法》（1994年7月5日，第8届全国人民代表大会常务委员会第8次会议通过，自1995年1月1日起施行，2007年8月30日中华人民共和国第10届全国人民代表大会常务委员会第29次会议通过《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国城市房地产管理法〉的决定》）、《城市房地产开发经营管理条例》（1998年7月20日中华人民共和国国务院令第248号发布，根据2011年1月8日《国务院关于废止和修改部分行政法规的决定》修订）、《房地产开发企业资质管理规定》（2000年3月23日中华人民共和国建设部第20次部常务会议修订通过）、《城市商品房预售管理办法》（1994年11月15日建设部令第40号发布，根据2001年8月15日《建设部关于修改<城市商品房预售管理办法>的决定》、2004年7月20日《建设部关于修改<城市商品房预售管理办法>的决定》修正）、《商品房销售管理办法》（中华人民共和国建设部于2001年3月14日审议通过，自2001年6月1日起施行）等有关法律、法规、规章。

房地产法的调整对象包括房地产管理关系和房地产财产经营关系。房地产管理关系又包括城市土地管理关系和城市房屋管理关系，房地产的财产经营关系又包括城市土地财产经营关系和房屋财产经营关系。

二、国有土地使用权出让和划拨

（一）国有土地使用权出让

1、国有土地使用权出让是指国家将国有土地使用权在一定年限内出让给土地使用者，由土地使用者向国家支付土地使用出让金的行为（《城市房地产法》第 8 条）。城市规划区内的集体所有的土地，经依法征收转为国有土地后，该幅国有土地的使用权方可有偿出让（《城市房地产法》第 9 条）。

土地使用权出让是土地使用权作为商品进入流通领域的第一步，所以，土地使用权的出让是房地产市场中的一级市场，又叫出让市场，由国家垄断。土地使用权出让后进行开发、利用、经营，再进行房地产转让，是房地产二级市场，又叫转让市场。

2、土地使用权出让的内容。土地使用权的出让方是市、县人民政府，其土地管理部门作为该政府的代表；另一方是土地使用权的受让方。受让方包括国内外的公司、企业、其他经济组织和个人。

土地使用权出让以土地使用者支付一定的代价为前提，这种代价叫“出让金”，即使用土地的价格。出让金是在出让方与受让方在签订出让合同后由受让方一次性支付，或在 60 日内分期支付，逾期未全部支付的，出让方有权解除合同，并要求违约赔偿。受让方只有在支付出让金后，才能向土地管理部门申请登记，领取土地使用证，取得土地使用权。

3、土地使用权出让的法律特征。土地使用权出让是国家土地所有者与土地使用者之间的权利义务关系。是平等、自愿、有偿、有期限的；国家仍是土地所有者，其法律地位不变，土地使用者仅享有土地使用权；土地使用权出让市场由政府垄断经营；土地使用权的出让由地方政府土地管理部门代表国家实施。

4、土地使用权的期限。它按下列用途规定最高年限：（1）居住用地 70 年；（2）工业用地 50 年；（3）教育、科技、文化、卫生、体育用地 50 年；（4）商业、旅游、娱乐用地 40 年；（5）综合或其他用地 50 年。

5、土地使用权出让的方式。土地使用权出让，可以采取拍卖、招标或者双方协议的方式。商业、旅游、娱乐和豪华住宅用地，有条件的，必须采取拍卖、招标方式；没有条件，不能采取拍卖、招标方式的，可以采取双方协议的方式。采取双方协议方式出让土地使用权的出让金不得低于按国家规定所确定的最低价（《城市房地产法》第 13 条）。

6、土地使用权出让合同。土地使用权出让合同是指国有土地所有者与土地使用权受让人之间就出让土地使用权以及如何行使使用权等所达成的明确相互之间权利义务关系的协议。土地使用权出让合同按照平等、自愿、有偿的原则签订，招标和拍卖出让的合同一般都采取类似标准合同的格式。协议出让的合同双方当事人可在一定条件下协商确立合同的条款。出让合同包括下列一些条款：（1）双方当事人的名称、地址。（2）标的（包括土地位

置、面积、界线等）。（3）土地的用途。（4）出让金的数额、支付方式和支付期限。（5）出让期限。（6）建设规划设计条件，即使用条件。（7）双方当事人的权利和义务。（8）出让合同的变更和续期。出让年限届满，使用者需继续使用土地的，应至迟于届满前1年申请续期，经批准后，应重新签订出让合同，支付出让金。（9）违约责任。任何一方违约，他方均可请求违约赔偿。如以出让方式取得土地使用权并进行房地产开发的，必须按出让合同约定的土地用途、动工开发期限开发土地；超过开发日期1年未动工开发的，可征收相当于土地使用权出让金20%以下的土地闲置费；满两年仍未动工开发的，可无偿收回土地使用权。（10）土地使用权的终止。因土地灭失而终止；出让期届满而终止，未申请续期或虽申请续期但未获批准的，土地使用权也即终止。

7、双方当事人的权利和义务。

出让方的权利是出让土地使用权的权利；收取出让金的权利；要求对方服从建设规划设计条件的权利；要求对方按合同约定和规划要求，开发、利用、经营土地的权利；出让期限届满，收回土地使用权并无偿取得地上建筑物以及其他应享有的权利。受让方的权利是使用权；出租权；转让使用权；设定担保权；设定抵押权；返还请求权；排除侵害请求权；防止侵害请求权；索赔权；相邻权；其他应享有的权利。

出让方和受让方在享有权利的同时亦应承担相应的义务。

（二）土地使用权划拨

土地使用权划拨，是指县级以上人民政府依法批准，在土地使用者缴纳补偿、安置等费用后将该幅土地交付其使用，或者将土地使用权无偿交付给土地使用者使用的行为。依照本法规定以划拨方式取得土地使用权的，除法律、行政法规另有规定外，没有使用期限的限制（《城市房地产法》第23条）。下列建设用地的土地使用权，确属必需的，可以由县级以上人民政府依法批准划拨：（一）国家机关用地和军事用地；（二）城市基础设施用地和公益事业用地；（三）国家重点扶持的能源、交通、水利等项目用地；（四）法律、行政法规规定的其他用地（《城市房地产法》第24条）。

三、房地产转让

（一）房地产转让的概念

房地产转让是指房地产权利人通过买卖、赠与或者其他合法方式将其房地产转移给他人的行为（《城市房地产法》第 37 条）。房地产转让的前提条件是土地使用权能够进入买卖市场，在此基础上才能形成房地产市场。

（二）房地产转让方式和条件

房地产转让的方式包括买卖、交换、赠与以及其他转让方式。房地产转让应符合的条件：

1、以出让方式取得土地使用权的，转让房地产时，应当符合下列条件：（一）按照出让合同约定已经支付全部土地使用权出让金，并取得土地使用权证书；（二）按照出让合同约定进行投资开发，属于房屋建设工程的，完成开发投资总额的百分之 25 五以上，属于成片开发土地的，形成工业用地或者其他建设用地条件。转让房地产时房屋已经建成的，还应当持有房屋所有权证书（《城市房地产法》第 39 条）。

2、以划拨方式取得土地使用权的，转让房地产时，应当按照国务院规定，报有批准权的人民政府审批。有批准权的人民政府准予转让的，应当由受让方办理土地使用权出让手续，并依照国家有关规定缴纳土地使用权出让金。以划拨方式取得土地使用权的，转让房地产报批时，有批准权的人民政府按照国务院规定决定可以不办理土地使用权出让手续的，转让方应当按照国务院规定将转让房地产所获收益中的土地收益上缴国家或者作其他处理（《城市房地产法》第 40 条）。

（三）房地产禁止转让的几种情况：（一）以出让方式取得土地使用权的，不符合本法第 39 条规定的条件的；（二）司法机关和行政机关依法裁定、决定查封或者以其他形式限制房地产权利的；（三）依法收回土地使用权的；（四）共有房地产，未经其他共有人书面同意的；（五）权属有争议的；（六）未依法登记领取权属证书的；（七）法律、行政法规规定禁止转让的其他情形（《城市房地产法》第 38 条）。

（四）房地产转让的内容：1、房地产转让时，房屋的所有权和该房屋占用范围内的土地所有权同时转让。2、房地产转让，当事人应依法办理权属登记。3、房地产转让应签订书面转让合同，合同中应明确土地使用权取得的方式。4、房地产转让时，签订的房地产转让合同除应规定承担出让合同的权利、义务外，还应明确原受让人的权利、义务内容。5、以出让方式取得土地使用权的，转让房地产后，其使用年限为土地使用权出让合同规定的使用年限减去原土地使用者已使用年限后的剩余年限。房地产转让程序一般经过申请、批准（或同意）、签约、公证和认证、登记几个阶段。

（五）商品房预售

商品房预售指受让人在建房阶段即将房屋连同土地使用权预先售予他人的行为。商品房预售，应当符合下列条件：（一）已交付全部土地使用权出让金，取得土地使用权证书；（二）持有建设工程规划许可证；（三）按提供预售的商品房计算，投入开发建设的资金达到工程建设总投资的百分之 25 以上，并已经确定施工进度和竣工交付日期；（四）向县级以上人民政府房产管理部门办理预售登记，取得商品房预售许可证明。商品房预售人应当按照国家有关规定将预售合同报县级以上人民政府房产管理部门和土地管理部门登记备案。商品房预售所得款项，必须用于有关的工程建设（《城市房地产法》第 45 条）。

预售登记。房地产开发企业申请办理商品房预售登记应当提交有关文件，房地产开发主管部门应当自收到商品房预售申请之日起 10 日内，作出同意预售或不同意预售的答复。房产地开发企业预售商品房时，应当向预购人出示商品房预售许可证明。商品房销售，当事人双方应当签订书面合同，合同应当载明商品房的建筑面积和使用面积、价格、交付日期、质量要求、物业管理方式以及双方的违约责任。

房地产开发企业应当在商品房交付使用时，向购买人提供住宅质量保证书和住宅使用说明书。

四、房地产管理

（一）房地产抵押和租赁的管理

房地产抵押是指抵押人以其合法的房地产以不转移占有的方式向抵押权人提供债务履行担保的行为。债务人不履行债务时，抵押权人有权依法以抵押的房地产拍卖所得的价款优先受偿（《城市房地产法》第 47 条）。

房地产抵押的内容有：（1）房地产抵押应凭土地使用权证书、房屋所有权证书办理（《城市房地产法》第 49 条）。（2）抵押人和抵押人应签订书面抵押合同（《城市房地产法》第 50 条）。抵押合同不得违背法律、法规和土地使用权出让合同的规定。（3）应依照规定办理抵押登记（《城市房地产法》第 62 条）。（4）房地产抵押合同签订后，土地上新增的房屋不属于抵押财产。需要拍卖该抵押的房地产时，可以依法将土地上新增的房屋与抵押财产一同拍卖，但对拍卖新增房屋所得，抵押权人无权优先受偿（《城市房地产法》第 52 条）。

房屋租赁是指房屋所有权人作为出租人将其房屋出租给承租人使用，由承租人向出租人支付租金的行为（《城市房地产法》第 53 条）。房屋租赁，出租人和承租人应当签订书面

租赁合同，约定租赁期限、租赁用途、租赁价格、修缮责任等条款，以及双方的其他权利和义务，并向房产管理部门登记备案（《城市房地产法》第 54 条）。

（二）对房地产权属的管理

1、国家实行土地使用权和房屋所有权登记发证制度（《城市房地产法》第 60 条）。发给土地使用权证书和房屋所有权证书（《城市房地产法》第 61 条）。如由一个部门管理，发给统一的房地产权证书（《城市房地产法》第 63 条）。

2、对城市房屋产籍的管理。城市房屋产籍是指城市房屋的产权档案、地籍图纸以及帐册表卡等反映产权现状和历史情况的资料。产籍管理是房地产管理的基础，也是解决房地产纠纷的依据。城市房屋产籍由县以上人民政府房地产行政主管部门统一管理。

（三）对房地产交易的管理

1、房地产交易。城市私房交易应持房屋所有权证书及其他证明材料，到房屋所在地的房屋主管机关办理手续。已经建立房地产交易所的城市，私房交易由交易统一办理。共有的房屋，出卖时应提交共有人同意的证明书，在同等条件下共有人有优先购买权。房屋所有人出卖房屋时，必须提前三个月通知承租人，在相同条件下，承租人有优行购买权。

中国从 1988 年正式实行城镇公房补贴出售办法。根据规定，公房出售后，产权归个人所有，可以使用、继承和出售。房地产主管部门应加强对公有住房出售的价格申报、评估管理、严禁贱价出售。

2、房地产管理应遵循的制度。国家实行房地产价格评估制度、房地产价格的评估，应遵循公正、公平、公开的原则。国家实行房地产成交价格申报制度，房地产权利人转让房地产应向管理部门如实申报成交价。

（四）对房地产开发企业的管理

1、房地产开发经营和房地产开发企业的概念

房地产开发经营是指房地产开发企业在城市规划区内国有土地上进行基础设施建设、房屋建设，并转让房地产开发项目或者销售、出租商品房的行为。房地产开发经营应由房地产开发企业来进行。房地产开发企业是从事房地产开发和经营，以营利为目的的企业（《城市房地产法》第 30 条）。

2、房地产开企业的设立

房地产开发企业是以营利为目的，从事房地产开发和经营的企业。设立房地产开发企业，应当具备下列条件：（一）有自己的名称和组织机构；（二）有固定的经营场所；（三）有符合国务院规定的注册资本；（四）有足够的专业技术人员；（五）法律、行政法

规规定的其他条件（《城市房地产法》第 30 条）。设立房地产开发企业，除应当符合有关法律、行政法规规定的企业设立条件外，还应当具备下列条件：（一）有 100 万元以上的注册资本；（二）有 4 名以上持有资格证书的房地产专业、建筑工程专业的专职技术人员， 2 名以上持有资格证书的专职会计人员。省、自治区、直辖市人民政府可以根据本地方的实际情况，对设立房地产开发企业的注册资本和专业技术人员的条件作出高于前款的规定（《城市房地产开发经营管理条例》第 5 条）。外商投资设立房地产开发企业的，除应当符合本条例第五条的规定外，还应当依照外商投资企业法律、行政法规的规定，办理有关审批手续（《城市房地产开发经营管理条例》第 6 条）。

设立房地产开发企业，应当向县级以上人民政府工商行政管理部门申请登记。工商行政管理部门对符合第 5 条规定条件的，应当自收到申请之日起 30 日内予以登记；对不符合条件不予登记的，应当说明理由。工商行政管理部门在对设立房地产开发企业申请登记进行审查时，应当听取同级房地产开发主管部门的意见（《城市房地产开发经营管理条例》第 7 条）。房地产开发企业应当自领取营业执照之日起 30 日内，持下列文件到登记机关所在地的房地产开发主管部门备案：（一）营业执照复印件；（二）企业章程；（三）验资证明；（四）企业法定代表人的身份证明；（五）专业技术人员的资格证书和聘用合同（《城市房地产开发经营管理条例》第 8 条）。

3、房地产开发企业的资质等级

房地产开发主管部门应当根据房地产开发企业的资产、专业技术人员和开发经营业绩等，对备案的房地产开发企业核定资质等级。房地产开发企业应当按照核定的资质等级，承担相应的房地产开发项目（《城市房地产开发经营管理条例》第 9 条）。

房地产开发企业按照企业条件分为一、二、三、四 4 个资质等级。各资质等级企业的条件如下：（一）一级资质：1．注册资本不低于 5000 万元；2．从事房地产开发经营 5 年以上；3．近 3 年房屋建筑面积累计竣工 30 万平方米以上，或者累计完成与此相当的房地产开发投资额；4．连续 5 年建筑工程质量合格率达 100％；5．上一年房屋建筑施工面积 15 万平方米以上，或者完成与此相当的房地产开发投资额；6．有职称的建筑、结构、财务、房地产及有关经济类的专业管理人员不少于 40 人，其中具有中级以上职称的管理人员不少于 20 人，持有资格证书的专职会计人员不少于 4 人；7．工程技术、财务、统计等业务负责人具有相应专业中级以上职称；8．具有完善的质量保证体系，商品住宅销售中实行了《住宅质量保证书》和《住宅使用说明书》制度；9．未发生过重大工程质量事故。（二）二级资质：1．注册资本不低于 2000 万元；2．从事房地产开发经营 3 年以上；3．近 3 年房屋建筑

面积累计竣工 15 万平方米以上，或者累计完成与此相当的房地产开发投资额；4．连续 3 年建筑工程质量合格率达 100%；5．上一年房屋建筑施工面积 10 万平方米以上，或者完成与此相当的房地产开发投资额；6．有职称的建筑、结构、财务、房地产及有关经济类的专业管理人员不少于 20 人，其中具有中级以上职称的管理人员不少于 10 人，持有资格证书的专职会计人员不少于 3 人；7．工程技术、财务、统计等业务负责人具有相应专业中级以上职称；8．具有完善的质量保证体系，商品住宅销售中实行了《住宅质量保证书》和《住宅使用说明书》制度；9．未发生过重大工程质量事故。（三）三级资质：1．注册资本不低于 800 万元；2．从事房地产开发经营 2 年以上；3．房屋建筑面积累计竣工 5 万平方米以上，或者累计完成与此相当的房地产开发投资额；4．连续 2 年建筑工程质量合格率达 100%；5．有职称的建筑、结构、财务、房地产及有关经济类的专业管理人员不少于 10 人，其中具有中级以上职称的管理人员不少于 5 人，持有资格证书的专职会计人员不少于 2 人；6．工程技术、财务等业务负责人具有相应专业中级以上职称，统计等其他业务负责人具有相应专业初级以上职称；7．具有完善的质量保证体系，商品住宅销售中实行了《住宅质量保证书》和《住宅使用说明书》制度；8．未发生过重大工程质量事故。（四）四级资质：1．注册资本不低于 100 万元；2．从事房地产开发经营 1 年以上；3．已竣工的建筑工程质量合格率达 100%；4．有职称的建筑、结构、财务、房地产及有关经济类的专业管理人员不少于 5 人，持有资格证书的专职会计人员不少于 2 人；5．工程技术负责人具有相应专业中级以上职称，财务负责人具有相应专业初级以上职称，配有专业统计人员；6．商品住宅销售中实行了《住宅质量保证书》和《住宅使用说明书》制度；7．未发生过重大工程质量事故（《房地产开发企业资质管理规定》第 5 条）。

4、房地产开发建设

房地产开发建设是指在取得国有土地使用权的土地上，从事各类房屋和其他不动产设施的建设项目的行为。⑴确定房地产开发项目。确定房地产开发项目，应当符合土地利用总体规划、年度建设用地计划和城市规划、房地产开发年度计划的要求；按照国家有关规定需要经计划主管部门批准的，还应当报计划主管部门批准，并纳入年度固定资产投资计划（《城市房地产开发经营管理条例》第 10 条）。确定房地产开发项目，应当坚持旧区改建和新区建设相结合的原则，注重开发基础设施薄弱、交通拥挤、环境污染严重以及危旧房屋集中的区域，保护和改善城市生态环境，保护历史文化遗产（《城市房地产开发经营管理条例》第 11 条）。⑵遵守房地产开发项目的有关规定。房地产开发项目应当建立资本金制度，资本金占项目总投资的比例不得低于 20%（《城市房地产开发经营管理条例》第 13

条）。房地产开发项目的开发建设应当统筹安排配套基础设施，并根据先地下、后地上的原则实施（《城市房地产开发经营管理条例》第 14 条）。房地产开发企业应当按照土地使用权出让合同约定的土地用途、动工开发期限进行项目开发建设。出让合同约定的动工开发期限满 1 年未动工开发的，可以征收相当于土地使用权出让金 20%以下的土地闲置费；满 2 年未动工开发的，可以无偿收回土地使用权。但是，因不可抗力或者政府、政府有关部门的行为或者动工开发必需的前期工作造成动工迟延的除外（《城市房地产开发经营管理条例》第 15 条）。房地产开发企业开发建设的房地产项目，应当符合有关法律、法规的规定和建筑工程质量、安全标准、建筑工程勘察、设计、施工的技术规范以及合同的约定。房地产开发企业应当对其开发建设的房地产开发项目的质量承担责任。勘察、设计、施工、监理等单位应当依照有关法律、法规的规定或者合同的约定，承担相应的责任（《城市房地产开发经营管理条例》第 16 条）。(3)房地产开发项目的竣工验收。房地产开发项目竣工，经验收合格后，方可交付使用；未经验收或者验收不合格的，不得交付使用。房地产开发项目竣工后，房地产开发企业应当向项目所在地的县级以上地方人民政府房地产开发主管部门提出竣工验收申请。房地产开发主管部门应当自收到竣工验收申请之日起 30 日内，对涉及公共安全的内容，组织工程质量监督、规划、消防、人防等有关部门或者单位进行验收（《城市房地产开发经营管理条例》第 17 条）。住宅小区等群体房地产开发项目竣工，应当依照本条例第 17 条的规定和下列要求进行综合验收：（一）城市规划设计条件的落实情况；（二）城市规划要求配套的基础设施和公共设施的建设情况；（三）单项工程的工程质量验收情况；（四）拆迁安置方案的落实情况；（五）物业管理的落实情况。住宅小区等群体房地产开发项目实行分期开发的，可以分期验收（《城市房地产开发经营管理条例》第 18 条）。

（五）对房地产中介服务机构的管理

房地产中介服务机构包括房地产咨询机构、房地产价格评估机构、房地产经纪机构等（《城市房地产法》第 57 条）。房地产中介服务机构应当具备下列条件：（一）有自己的名称和组织机构；（二）有固定的服务场所；（三）有必要的财产和经费；（四）有足够数量的专业人员；（五）法律、行政法规规定的其他条件。设立房地产中介服务机构，应当向工商行政管理部门申请设立登记，领取营业执照后，方可开业（《城市房地产法》第 58 条）。国家实行房地产价格评估人员资格认证制度（《城市房地产法》第 59 条）。

第九节　金融法

一、金融和金融法的概念

金融是指各种信用机构以货币为对象，以信用为形式所进行的货币收支、资金融通活动的总称。简言之，金融就是货币资金的融通，包括货币的发行、流通与回笼，信贷，票据，信托，保险，国内外汇兑往来，黄金及贵金属的管理等活动。

金融法是调整货币流通和信用等金融活动及在金融管理中发生的经济关系的法律规范的总称。目前，中国的金融法律、法规主要包括《中华人民共和国中国人民银行法》（1995 年 3 月 18 日第 8 届全国人民代表大会第 3 次会议通过，根据 2003 年 12 月 27 日第 10 届全国人民代表大会常务委员会第 6 次会议《关于修改〈中华人民共和国中国人民银行法〉的决定》修正）、《中华人民共和国商业银行法》（1995 年 5 月 10 日第 8 届全国人民代表大会常务委员会第 13 次会议通过，根据 2003 年 12 月 27 日第 10 届全国人民代表大会常务委员会第 6 次会议通过《全国人民代表大会常务委员会关于修改<中华人民共和国商业银行法>的决定》修正）、《中华人民共和国票据法》（(1995 年 5 月 10 日第 8 届全国人民代表大会常务委员会第 13 次会议通过, 根据 2004 年 8 月 28 日第 10 届全国人民代表大会常务委员会第 11 次会议《关于修改<中华人民共和国票据法>的决定》修正）、《中华人民共和国证券法》（（1998 年 12 月 29 日第 9 届全国人民代表大会常务委员会第 6 次会议通过，根据 2004 年 8 月 28 日第 10 届全国人民代表大会常务委员会第 11 次会议《关于修改〈中华人民共和国证券法〉的决定》修正，2005 年 10 月 27 日第 10 届全国人民代表大会常务委员会第 18 次会议修订）、《中华人民共和国保险法》（1995 年 6 月 30 日第 8 届全国人民代表大会常务委员会第 14 次会议通过，根据 2002 年 10 月 28 日第 9 届全国人民代表大会常务委员会第 30 次会议《关于修改〈中华人民共和国保险法〉的决定》修正，2009 年 2 月 28 日第 11 届全国人民代表大会常务委员会第 7 次会议修订）、《中华人民共和国外汇管理条例》（1996 年 1 月 29 日中华人民共和国国务院令第 193 号发布，根据 1997 年 1 月 14 日《国务院关于修改〈中华人民共和国外汇管理条例〉的决定》修订，2008 年 8 月 1 日国务院第 20 次常务会议修订通过）等。

二、金融机构

（一）对金融机构法律地位的界定

对金融机构法律地位的界定是指对金融机构在金融活动中的职能、作用的法律认可。中国的金融机构大致可分为 4 类：一是中央银行，即中国人民银行；二是商业银行，包括四大国有银行（中国银行、中国工商银行、中国农业银行、中国建设银行）及交通银行、光大银行、招商银行等营利性金融机构；三是政策性银行，是由政府出资组成，不以营利为主要经营目的，在特定的专业性或者开发性领域，利用特殊的融资手段，为贯彻国家经济和社会发展政策，从事政策性金融活动的金融机构，包括中国农业发展银行、国家开发银行、中国进出口银行等；四是非银行金融机构，包括保险公司、证券公司、信托投资公司、融资租赁公司、信用合作社等。

上述四类金融机构的法律地位都在相应的金融立法中予以确定，如根据《中国人民银行法》的规定，中国人民银行是中华人民共和国的中央银行。中国人民银行在国务院领导下,制定和执行货币政策,防范和化解金融风险,维护金融稳定（《中国人民银行法》第 2 条）；根据《商业银行法》的规定，商业银行是指依照本法和《中华人民共和国公司法》设立的吸收公众存款、发放贷款、办理结算等业务的企业法人（《商业银行法》第 2 条）。

（二）对金融机构业务范围的规定

根据《中国人民银行法》的规定，中央银行是在国务院的领导下，依法治定和实施国家货币政策，对金融业实施监督管理的国家机关。中国人民银行履行下列职责：（一）依法制定和执行货币政策；（二）发行人民币，管理人民币流通；（三）按照规定审批、监督管理金融机构；（四）按照规定监督管理金融市场；（五）发布有关金融监督管理和业务的命令和规章；（六）持有、管理、经营国家外汇储备、黄金储备；（七）经理国库；（八）维护支付、清算系统的正常运行；（九）负责金融业的统计、调查、分析和预测；（十）作为国家的中央银行，从事有关的国际金融活动；（十一）国务院规定的其他职责（《中国人民银行法》第 4 条）。

根据《商业银行法》的规定，商业银行可以经营下列部分或者全部业务：（一）吸收公众存款；（二）发放短期、中期和长期贷款；（三）办理国内外结算；（四）办理票据承兑与贴现；（五）发行金融债券；（六）代理发行、代理兑付、承销政府债券；（七）买卖政府债券、金融债券；（八）从事同业拆借；（九）买卖、代理买卖外汇；（十）从事银行卡业务；（十一）提供信用证服务及担保；（十二）代理收付款项及代理保险业务；（十三）提供保管箱服务；（十四）经国务院银行业监督管理机构批准的其他业务（《商业银行法》第 3 条）。

根据《保险法》的规定，保险业务是指从事以营利为目的的商业保险活动，包括财产保险和人身保险（《保险法》第 1 章、第 2 章）。

根据《证券法》的规定，证券公司的业务范围主要是在中国境内的股票、公司债券和国务院依法认定的其他证券的发行和交易业务（《证券法》第 123 条）。

二、中央银行法

（一）《中国人民银行法》的制定

（1）中央银行。中央银行是是国家最高的货币金融管理组织机构，是一国金融体系的核心。国家赋予其制定和执行货币政策，对国民经济进行宏观调控，并且担负着管理商业银行和金融市场的责任。中国的中央银行是中国人民银行。

（2）中央银行法。中国在建国后相当长的历史时期内。中国人民银行既行使中央银行的职能，又履行商业银行的职责。所以在这段时间内，中央银行和商业银行的法律规定是融合在一起的。随着中国经济体制改革的深入，社会主义市场经济体制逐步确立、银行金融业越来越繁荣，在国民经济中的作用也越来越重要。所以，以法律的形式确立中国人民银行的中央银行的法律地位，赋予其管理和监督金融业、稳定币值、完善和加强国家宏观经济调控的职能，保障金融体制改革的顺利进行成为必要。1995 年 3 月 18 日第 8 届全国人民代表大会第 3 次会议通过了《人民银行法》。

（二）中国人民银行的法律地位和职责

《人民银行法》第 2 条规定，中国人民银行是中华人民共和国的中央银行。中国人民银行在国务院领导下，制定和实施货币政策，对金融业实施监督管理。中国人民银行的性质是中国的中央银行，即发行的银行、银行的银行和政府的银行，拥有资本和资产，可以依法经营业务，同时它又是国务院管理全国金融业的主管机关。

《人民银行法》第 4 条规定了中国人民银行的职责：一、依法制定和执行货币政策；二、发行人民币、管理人民币流通；三、按照规定审批、监督管理金融机构；四、按照规定监督管理金融市场；五、发布有关金融监督管理的命令和规章；六、持有、管理、经营国家外汇储备、黄金储备；七、经理图库；八、维护支付、清算系统的正常运行；九、负责金融业的统计、调查、分析和预测；十、作为国家的中央银行，从事有关的国际金融活动；十一、国务院规定的其他职责。

（三）中国人民银行的组织机构

中国人民银行的组织机构由3部分构成：行长；货币政策委员会；分支机构。

1、行长。中国人民银行行长的人选，根据国务院总理的提名，由全国人民代表大会决定；全国人民代表大会闭会期间，由全国人民代表大会常务委员会决定，由国家主席任免，副行长由国务院总理任免（第9条）。中央银行行长任期5年，可以连任。中国人民银行实行行长负责制（第10条）。

2、货币政策委员会。中国人民银行货币政策委员会是总行的内设机构，是行长工作的咨询和顾问性质的机构，它的职责、组成和工作程序由国务院规定，并报全国人民代表大会常务委员会备案（第11条）。

3、分支机构。中国人民银行根据履行职责的需要设立分支机构，作为中国人民银行的派出机构。中国人民银行对分支机构实行集中统一领导和管理。中国人民银行的分支机构根据中国人民银行的授权，负责本辖区的金融监督管理，承办有关业务（第12条）。金融业务和金融市场实行统一归口管理，以保持对金融业务和金融市场必要的调控。中国人民银行对其分支机构在银行业务和干部管理上实行垂直领导，统一管理。地方各级政府保证和监督当地中国人民银行贯彻执行国家的方针政策，保护银行的合法权益，不干预银行正常的业务活动。

（四）中国人民银行的职能

中国人民银行是中国的中央银行，对中央银行的职能可以从不同角度去划分。

按中央银行的性质，可将其职能划分为调节职能、管理职能和服务职能。调节职能，是指中央银行运用自己所拥有的金融手段，对货币与信用进行调控，进而影响和干预整个社会经济进程，实现预期的货币政策目标。调节职能主要表现在调节货币供应量、调整存款准备率与贴现率，公开有价证券市场操作等方面。管理职能，是指中央银行通过对商业银行及其他金融机构的管理和对金融市场的管理，实现稳定金融和促进社会经济正常发展的目的。服务职能，是指中央银行向政府、银行及非银行金融机构提供资金融通、划拨清算、代理业务等方面的金融服务。这三个职能是统一的。

按中央银行在国民经济中的地位，中央银行的职能可分为作为发行的银行的职能、作为银行的银行的职能和作为政府的银行的职能。作为发行的银行的职能，是指中国人民银行依法发行人民币、管理人民币流通。中央银行根据经济发展的需要，发行适量货币，并负责控制信用，调节货币流通，垄断全国货币发行权是中央银行的基本职能。作为银行的银行的职能，是指中央银行为商业银行和其他金融机构开立存款帐户，并以这些存款为资金来源，通过发行货币的方式贷款。贷款之外，中央银行还为各银行和金融机构之间的转帐结算。作为

政府的银行的职能，是指中央银行为政府提供金融服务，同时代表政府行使金融行政管理的职能，包括依法制定和执行货币政策，从事有关的国际金融活动等。

（五）货币政策目标与货币政策工具

货币政策，是中央银行为实现其特定的经济目标而采用的各种控制和调节货币供应量或者信用量的方针和措施的总称。它是宏观经济政策，是一种长期性的政策目标。货币政策的内容由货币政策目标、货币政策工具及实现货币政策的指标所构成。货币政策对一个国家的经济运行有着极其重要的意义。

制定和执行货币政策是中央银行最主要的职责，而货币政策目标又是中央银行据以制定和执行货币政策的根本依据。中国中央银行始终把稳定币值、发展经济作为中国货币政策的基本目标。《人民银行法》第 3 条规定，中国货币政策目标是保持货币币值稳定，并以此促进经济增长。

中央银行为实现其货币政策目标，必须运用一定的货币政策工具。《人民银行法》第 22 条对中国中央银行的货币政策工具作了明确规定。中国人民银行为执行货币政策，可以运用下列货币政策工具：要求金融机构按照规定的比例交存存款准备金；确定中央银行基准利率；为在中国人民银行开立帐户的金融机构办理再贴现；向商业银行提供货款；在公开市场上买卖国债和其他政府债券及外汇；国务院确定的其他货币政策工具。

（六）法律责任

1、中央银行及其工作人员的法律责任

中国人民银行的下列行为属于违法行为：向地方政府、各级政府部门、非银行金融机构及其他单位和个人提供贷款；对单位和个人提供担保；擅自动用发行基金。对有上述行为的，中国人民银行可依法对负有直接责任的主管人员和其他直接责任人员给予行政处分。构成犯罪的，由司法机关依法追究刑事责任，造成损失的，直接责任人员还应承担部分或者全部赔偿责任（第 47 条）。中央银行的工作人员贪污受贿、拘私舞弊、滥用职权、玩忽职守、泄露机密构成犯罪的，依法追究刑事责任；情节轻微的依法给予行政处分（第 50 条）。

2、金融机构的法律责任

金融机构违反中央银行法的行为主要体现在：拒绝中央银行的稽核、检查监督，不按规定报送有关报表和资料，等等。有上述行为的，中国人民银行有权责令停止违法行为，并依法给予行政处罚，构成犯罪的，依法追究刑事责任（第 45 条）。金融机构对中国人民银行的处罚决定不服，可以依照《行政诉讼法》的规定提起行政诉讼（第 46 条）。

3，其他单位和个人的责任

《中国人民银行法》规定，地方政府、各级政府部门、社会团体和个人强令中国人民银行及其工作人员违反规定提供贷款或者担保的，对负有直接责任的主管人员和其他直接责任人员，依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任；造成损失的，应当承担部分或者全部赔偿责任（第 48 条）。

三、商业银行

商业银行是指依照本法和《中华人民共和国公司法》设立的吸收公众存款、发放贷款、办理结算等业务的企业法人（《商业银行法》第 2 条）。

商业银行可以经营下列部分或者全部业务：（一）吸收公众存款；（二）发放短期、中期和长期贷款；（三）办理国内外结算；（四）办理票据承兑与贴现；（五）发行金融债券；（六）代理发行、代理兑付、承销政府债券；（七）买卖政府债券、金融债券；（八）从事同业拆借；（九）买卖、代理买卖外汇；（十）从事银行卡业务；（十一）提供信用证服务及担保；（十二）代理收付款项及代理保险业务；（十三）提供保管箱服务；（十四）经国务院银行业监督管理机构批准的其他业务。经营范围由商业银行章程规定，报国务院银行业监督管理机构批准。商业银行经中国人民银行批准，可以经营结汇、售汇业务（第 3 条）。

设立商业银行，应当经国务院银行业监督管理机构审查批准。未经国务院银行业监督管理机构批准，任何单位和个人不得从事吸收公众存款等商业银行业务，任何单位不得在名称中使用“银行”字样（第 11 条）。设立商业银行，应当具备下列条件：（一）有符合本法和《中华人民共和国公司法》规定的章程；（二）有符合本法规定的注册资本最低限额；（三）有具备任职专业知识和业务工作经验的董事、高级管理人员；（四）有健全的组织机构和管理制度；（五）有符合要求的营业场所、安全防范措施和与业务有关的其他设施。设立商业银行，还应当符合其他审慎性条件（第 12 条）。设立全国性商业银行的注册资本最低限额为 10 亿元人民币。设立城市商业银行的注册资本最低限额为 1 亿元人民币，设立农村商业银行的注册资本最低限额为 5000 万元人民币。注册资本应当是实缴资本。国务院银行业监督管理机构根据审慎监管的要求可以调整注册资本最低限额，但不得少于前款规定的限额（第 13 条）。

设立商业银行，申请人应当向国务院银行业监督管理机构提交下列文件、资料：（一）申请书，申请书应当载明拟设立的商业银行的名称、所在地、注册资本、业务范围等；（二）可行性研究报告；（三）国务院银行业监督管理机构规定提交的其他文件、资料（第14条）。设立商业银行的申请经审查符合上述条规定的，申请人应当填写正式申请表，并提交下列文件、资料：（一）章程草案；（二）拟任职的董事、高级管理人员的资格证明；（三）法定验资机构出具的验资证明；（四）股东名册及其出资额、股份；（五）持有注册资本百分之五以上的股东的资信证明和有关资料；（六）经营方针和计划；（七）营业场所、安全防范措施和与业务有关的其他设施的资料；（八）国务院银行业监督管理机构规定的其他文件、资料（第15条）。经批准设立的商业银行，由国务院银行业监督管理机构颁发经营许可证，并凭该许可证向工商行政管理部门办理登记，领取营业执照（第16条）。商业银行的组织形式、组织机构适用《中华人民共和国公司法》的规定（第17条）。

第十节　证券法律制度

一、概述

（一）证券的概念和种类

证券是指证明或设定民事、经济权益的法律凭证，是相应财产所有权或债权凭证的通称。证券有广义和狭义之分。广义的证券，是指权利凭证，即用来证明证券持有者有权按其所载取得相应权益的凭证。它包括金券、资格证券和有价证券。金券就是标明一定金额，只能为一定目的而使用，是权利与票券密不可分的一种证券，如邮票、印花等。资格证券就是表明持有人具有行使一定权利，义务人向持有人履行义务后即可免责的一种证券，如车票、储蓄存单等。有价证券就是表示一定民事权利，权利的行使以持有证券为必要条件的一种证券，包括商品证券(如提单、仓单)、货币证券(如汇票、本票、支票)和资本证券(如股票、债券)。

狭义的证券专指资本证券，就是证明持有人享有一定的所有权和债权的书面凭证。《证券法》所规范的证券就是狭义的证券，包括股票、公司债券和国务院依法认定的其他证券，不包括政府债券。

（二）证券法的概念

证券法是调整证券活动关系的法律规范的总称。证券活动关系包括在证券发行、交易活动中形成的各种社会关系。

证券法有广义和狭义之分。在中国，狭义的证券法仅指《证券法》，广义的证券法除了《证券法》以外，还包括调整证券活动的其他法律、行政法规、部门规章、地方性法规和规章，如《公司法》、《企业债券管理条例》（1993 年 8 月 2 日中华人民共和国国务院令第 121 号发布，根据 2011 年 1 月 8 日《国务院关于废止和修改部分行政法规的决定》修订）、《关于股份有限公司境内上市外资股的规定》（1995 年 11 月 2 日国务院第 37 次常务会议通过）等。

（三）证券法的基本原则

1、公开、公平、公正的原则

《证券法》规定，证券的发行、交易活动，必须实行公开、公平、公正原则（第 3 条）。所谓公开，就是在证券发行和交易的一切活动和所涉及的信息都必须公开，以保证发行和交易的公平和公正。它要求：(1)证券发行和交易中的一切制度和规则必须公开。(2)证券发行和交易的活动都必须公开进行，不得暗箱操作。(3)证券发行和交易过程中影响投资者决策或者影响证券市场价格的信息必须公开。所谓公平，就是在证券发行和交易中，发行人、投资人、证券经营机构和证券服务机构的法律地位平等，他们之间所产生的权利义务应当对等。所谓公正，就是证券监管机关在履行职责过程中，必须依法进行，对所有的主体以同等的对待。

2、自愿、有偿、诚实信用的原则

《证券法》规定，证券发行、交易活动的当事人具有平等的法律地位，应当遵守自愿、有偿、诚实信用的原则（第 4 条）。这是证券发行、交易活动的当事人在证券市场中应当遵循的基本原则。所谓自愿，就是当事人根据自己的意愿来参与证券的发行和交易活动。所谓有偿，就是在证券发行、交易活动中，一方当事人取得另一方当事人的利益必须付出代价。所谓诚实信用，就是证券发行、交易活动中，必须诚实守信，不得欺骗他人，当事人之间、当事人与社会之间必须保持利益的平衡。

二、证券发行

(一)、证券发行的核准或审批

1、证券发行的申请

证券发行包括股票发行和公司债券发行。根据《证券法》的规定，公开发行股票的，必须依照《公司法》规定的条件，报经国务院证券监督管理机构核准（第 12 条）。发行人申请核准时，必须提交《公司法》规定的申请文件和该机构规定的有关文件，主要包括批准设立公司的文件、公司章程、经营估算书、发起人姓名、名称、认购股份数及验资证明、招股说明书、代收股款银行的名称及地址、承销机构名称及有关协议等。

公开发行公司债券的，必须依照《公司法》规定的条件，报经国务院授权的部门审批。发行人申请审批时，必须提交《公司法》规定的申请文件和该部门规定的有关文件，主要包括公司登记证明、公司章程、公司债券募集办法、资产评估报告、验资报告等（第 17 条）。

2 、证券发行的核准或批准

（1）审核。国务院证券管理监督机构设立发行审核委员会，依法审核股票发行申请。该委员会由证券监管机构的专业人员和该机构外的专家组成，以投票方式对股票发行申请进行表决，提出审核意见（第 22 条）。

（2）决定。国务院证券监督管理机构或者国务院授权的部门应当自受理证券发行申请文件之日起 3 个月作出决定；不予核准或者审批的，应当作出说明（第 24 条）。

（二）证券承销

证券承销是指证券公司与证券的发行人订立合同，由证券公司帮助证券的发行人发行证券，而发行人向证券公司支付费用的一种法律行为。根据《证券法》的规定，证券发行必须由证券公司承销，而且只有综合类的证券公司才可以为发行人承销证券，同时这些证券公司应当依照法律、行政法规的规定承销证券（第 28 条、第 29 条）。

1 、承销方式

《证券法》规定，证券承销业务采取代销或者包销的方式。证券代销是指证券公司代发行人发售证券，在承销期结束时，将未售出的证券全部退还给发行人的承销方式。证券包销是指证券公司将发行人的证券按照协议全部购入或者在承销期结束时将售后剩余证券全部自行购入的承销方式（第 28 条）。

2 、承销协议

证券公司承销证券，应当同发行人签订代销或者包销协议。承销协议应当载明下列事项：(1)当事人的名称、住所及法定代表人姓名。(2)代销或者包销证券的种类、数量、金额及发行价格。(3)代销或者包销的期限及起止日期。(4)代销或者包销的付款方式及日期。(5)代销或者包销的费用和结算办法。(6)违约责任。(7)国务院证券监督管理机构规定的其他事项（第 30 条）。

３、承销团承销与承销期

《证券法》规定，向社会公开发行的证券票面总值超过人民币 5000 万元的，应当由承销团承销。承销团应当由主承销和参与承销的证券公司组成（第 32 条）。《证券法》还规定，证券的代销、包销期最长不得超过 90 日（第 33 条）。

三、证券交易

（一）证券交易的一般规定

证券交易有广义和狭义之分。从狭义上说，证券交易是指证券发行人公开发行的证券在证券交易所挂牌进行集中交易的法律行为；从广义上说，证券交易是指证券发行人发行的证券在证券交易所或者其他法定交易市场挂牌交易的法律行为。中国《证券法》采用狭义的解释。证券交易形成的市场为证券的交易市场，或称为证券的二级市场。

１、证券交易的对象

为了保护投资者的利益，维护证券市场的秩序和社会公共利益，《证券法》规定，证券交易当事人依法买卖的证券，必须是依法发行并交付的证券。非依法发行的证券，不得买卖（第 37 条）。

《证券法》还规定，依法发行的股票、公司债券及其他证券，法律对其转让期限有限制性规定的，在限定的期限内，不得买卖（第 38 条）。这表明，合法发行但处于法定限制交易期间的证券仍然不能进行交易。限制交易的规定有：《公司法》规定，发起人持有的本公司股份，自公司成立之日起 1 年内不得转让。公司公开发行股份前已发行的股份，自公司股票在证券交易所上市交易之日起 1 年内不得转让（《公司法》第 142 条）。《证券法》规定，为股票的发行人出具审计报告、资产评估报告或者法律意见书等文件的有关专业机构和人员，在该股票承销期内和期满后 6 个月内不得买卖该种股票；为上市公司出具审计报告、资产评估报告或者法律意见书等文件的有关专业机构和人员，自接受上市公司委托之日起至上述文件公开后 5 日内，不得买卖该种股票（第 45 条）；上市公司董事、监事、高级管理

人员、持有上市公司股份百分之5以上的股东，将其持有的该公司的股票在买入后6个月内卖出，或者在卖出后6个月内又买入，由此所得收益归该公司所有，公司董事会应当收回其所得收益（第47条）。

2、证券交易的地点、方式和原则

《证券法》规定，依法公开发行的股票、公司债券及其他证券，应当在依法设立的证券交易所上市交易或者在国务院批准的其他证券交易场所转让（第39条）。

为了合理地确定证券交易的价格，公平地进行证券交易，《证券法》规定，证券在证券交易所上市交易，应当采用公开的集中交易方式或者国务院证券监督管理机构批准的其他方式（第40条）。

（二）证券上市

1、股票上市交易

（1）股票上市交易的条件。即《公司法》第152条及《证券法》的有关规定。

（2）股票上市交易的程序。《证券法》规定，股份公司申请其股票上市交易，必须报经国务院证券监督管理机构核准，该机构也可以授权证券交易所核准。股票上市交易须经以下程序：（1）核准。公司向核准机构申请核准时，应提交上市报告书、申请上市的股东大会决议、公司章程、公司营业执照、经法定验证机构验证的公司最近3年的或者公司成立以来的财务会计报告、法律意见书、证券公司的推荐书、最近一次的招股说明书等文件。上述申请提出后，由核准机构进行核准。（2）安排上市。股票上市交易申请经核准后，其发行人应当向证券交易所提交核准文件和上述申请时提交的文件，证券交易所应当自接到这些文件之日起6个月内，安排该股票上市交易。（3）公告有关文件和事项。上市交易申请经证券交易所同意后，上市公司应当在上市交易的5日前公告经核准的股票上市的文件，并将该文件置备于指定场所供公众查阅，同时还须公告有关事项，包括股票获准在证券交易所交易的日期、持有公司股份最多的前10名股东的名单和持股数额等。

（3）暂停、终止股票上市。《公司法》第157条规定，上市公司有下列情形之一的，由国务院证券监督管理机构决定暂停其股票：（1）公司股本总额、股权分布等发生变化不再具备上市条件。（2）公司不按规定公开其财务状况，或者对财务会计报告作虚假记载。（3）公司有重大违法行为。（4）公司最近3年连续亏损。

《公司法》第158条还规定，上市公司有下列情况之一的，由国务院证券监督管理机构决定终止其股票上市：出现上述条款第（2）或者第（3）项情形经查实后果严重的；出现上

述条款第（1）或者第（4）项情形在限期内未能消除的；公司决议解散、被行政主管部门依法责令关闭或者被宣告破产的。

2 、公司债券上市交易

（1）公司债券上市交易的条件。《证券法》第 52 条规定，公司申请其公司债券上市交易必须符合以下条件：（1）公司债券的期限为 1 年以上。（2）公司债券实际发行额不少于人民币 5000 万元。（3）公司申请其债券上市时仍符合法定的公司债券发行条件。

（2）公司债券上市交易的程序。《证券法》规定，公司申请其发行的公司债券上市交易，必须报经国务院证券监督管理机构核准，该机构也可以授权证券交易所核准。公司债券上市交易须经以下程序：（1）核准。公司向核准机构申请核准时，应提交上市报告书、申请上市的股东大会决议、公司章程、公司营业执照、公司债券募集办法、公司债券的实际发行数额等文件。上述申请提出后，由核准机构进行核准。（2）安排上市。公司债券上市交易申请经核准后，其发行人应当向证券交易所提交核准文件和上述申请时提交的文件，证券交易所应当自接到这些文件之日起 3 个月内，安排该债券上市交易。（3）公告有关文件。上市交易申请经证券交易所同意后，发行人应当在上市交易的 5 日前公告公司债券上市报告、核准文件及有关上市申请文件，并将该文件置备于指定场所供公众查阅。

（3）暂停、终止公司债券上市。《证券法》第 55 条规定，公司有下列情形之一的，由国务院证券监督管理机构决定暂停其公司债券上市：（1）公司有重大违法行为。（2）公司情况发生重大变化不符合公司债券上市条件。（3）公司债券所募集资金不按照审批机关批准的用途使用。（4）未按照公司债券募集办法履行义务。（5）公司最近 2 年连续亏损。

《证券法》第 56 条还规定，公司有下列情况之一的，由国务院证券监督管理机构决定终止其公司债券上市：出现上述条款第（1）或者第（4）项情形经查实后果严重的；出现上述条款第（2）、（3）或者第（5）项情形在限期内未能消除的。此外，公司解散、依法被责令关闭或者被宣告破产的，由证券交易所终止其公司债券上市。

（三）持续信息公开制度

持续信息公开制度，又称持续信息披露制度，是指申请证券上市的证券发行人，在证券上市前后依法将其经营和财务信息予以充分、完整、准确、及时地披露，以供证券投资者作投资决策的制度。

1 、持续信息公开的内容

（1）上市报告。经国务院证券监督管理机构核准依法发行股票，或者经国务院授权的部门批准依法发行公司债券，应当公告招股说明书、公司债券募集办法。依法发行新股或者公司债券的，还应当公告财务会计报告。

（2）中期报告。股票或者公司债券上市交易的公司，应当在每一会计年度的上半年结束之日起 2 个月内，向国务院证券监督管理机构和证券交易所提交中期报告，并予以公告。

（3）年度报告。股票或者公司债券上市交易的公司，应当在每一会计年度结束之日起 4 个月内，向国务院证券监督管理机构和证券交易所提交年度报告，并予以公告。

（4）临时报告。发生可能对股票交易价格产生较大影响而投资者尚未得知的重大事件时，上市公司应当立即将有关该重大事件的情况向国务院证券监督管理机构和证券交易所提交临时报告，并予以公告。

2 、持续信息公开的要求和管理规定

（1）要求。《证券法》规定，发行人、承销的证券公司公告的股票或者公司债券的发行、上市文件和上市后公告的所有报告，都必须真实、准确、完整。如果公告的内容存在虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏，致使投资者在证券交易中遭受损失的，发行人、承销的证券公司应当承担赔偿责任，负有责任的董事、监事、经理应当承担连带赔偿责任。

《证券法》还规定，公告应当在国家有关部门规定的报刊上或者在专项出版的公告上刊登，同时将其置备于公司住所、证券交易所，供社会公众查阅。

（2）管理规定。《证券法》规定，国务院证券监督管理机构对上市公司年度报告、中期报告、临时报告以及公告的情况进行监督，对上市公司分派或者配售新股的情况进行监督。

四、禁止的交易行为

(一)内幕交易

所谓内幕交易，又称内线交易或知情交易，是指知悉证券交易内幕信息的知情人员，利用内幕信息自己买卖证券、建议他人买卖证券，或者泄露内幕信息使他人利用该信息买卖证券，从中牟利或者避免损失的行为。内幕交易行为必然会损害证券市场的秩序，因此，《证券法》明文规定禁止这种行为。

知悉证券交易内幕信息的知情人员即内幕人员，包括：⑴发行股票或者公司债券的公司董事、监事、经理、副经理及有关的高级管理人员。⑵持有公司 5％以上股份的股东。

(3)发行股票公司的控股公司的高级管理人员。(4)由于所任公司职务可以获取公司有关证券交易信息的人员。(5)证券监督管理机构工作人员以及由于法定的职责对证券交易进行管理的其他人员。(6)由于法定职责而参与证券交易的社会中介机构或者证券登记结算机构、证券交易服务机构的有关人员。(7)国务院证券监督管理机构规定的其他人员。

所谓内幕信息，是指在证券交易中，涉及公司的经营、财务或者对该公司证券的市场价格有重大影响的尚未公开的信息。根据《证券法》的规定，内幕信息包括：(1)上市公司作临时报告所依据的所有重大事件。(2)公司分配股利或者增资的计划。(3)公司股权结构的重大变化。(4)公司债务担保的重大变更。(5)公司营业用主要资产的抵押、出售或者报废一次超过该资产的30%。(6)公司的董事、监事、经理、副经理或者其他高级管理人员的行为可能依法承担重大损害赔偿责任。(7)上市公司收购的有关方案。(8)国务院证券监督管理机构认定的对证券交易价格有显著影响的其他重要信息。

(二)操纵市场

所谓操纵市场，又称操纵行情，是指操纵人利用掌握的资金、信息等优势，采用不正当手段，人为地制造证券行情，操纵或影响证券市场价格，以诱导证券投资者盲目进行证券买卖，从而为自己谋取利益或者转嫁风险的行为。操纵市场行为必然会扭曲证券的供求关系，导致市场机制失灵，并会形成垄断，妨碍竞争，同时还会诱发过度投机，损害投资者的利益。因此，《证券法》禁止这种行为。

根据《证券法》的规定，操纵市场的行为包括：(1)联合操纵或者连续交易，即通过单独或者合谋，集中资金优势、持股优势或者利用信息优势联合或者连续买卖，操纵证券交易价格。(2)相互委托，即与他人串通，以事先约定的时间、价格和方式相互进行证券交易或者相互买卖并不持有的证券，影响证券交易价格或者证券交易量。(3)虚买虚卖或自买自卖，即以自己为交易对象，进行不转移所有权的自买自卖，影响证券交易价格或者证券交易量。(4)以其他方式操纵证券交易价格。

(三)虚假陈述

所谓虚假陈述，是指证券市场主体及其工作人员以及其他有关人员，在证券发行和证券交易过程中所公开的信息不符合真实性、准确性和完整性的要求。

在证券交易过程中，投资者主要是通过了解证券市场的信息和各证券发行人或上市公司的发行、经营信息，来作出证券投资的决定，而政府管理证券市场，也需要掌握和分析这些信息。因此，上述信息是否真实和客观，直接关系到投资者能否正确作出投资决定，关系到投资者的利益，同时也关系到政府对证券市场能否作出有效管理，关系到证券市场的秩序。

为了使证券交易能够有序进行，《证券法》规定，禁止国家工作人员、新闻传播媒介从业人员和有关人员编造并传播虚假信息；各种传播媒介传播证券交易信息必须真实、客观，禁止误导；禁止证券交易所、证券公司、证券登记结算机构、证券交易服务机构、社会中介机构及其工作人员，证券业协会、证券监督管理机构及其工作人员，在证券交易活动中作出虚假陈述或者信息误导。

(四)欺诈客户

所谓欺诈客户，是指在证券交易中，证券公司及其工作人员利用受托人的地位，进行损害投资者利益或者诱使投资者进行证券买卖而从中获利的行为。欺诈客户必然造成投资者利益的损害，最终将损害证券市场的健康发展。

根据《证券法》的规定，欺诈客户的行为包括：(1)违背指令，即违背客户的委托为其买卖证券。(2)不按时提供成交文件，即不在规定时间内向客户提供交易的书面确认文件。(3)挪用证券、资金，即挪用客户所委托买卖的证券或者客户帐户上的资金。(4)私自买卖、假借名义买卖，即私自买卖客户帐户上的证券，或者假借客户的名义买卖证券。(5)诱导不必要的交易，即为牟取佣金收入，诱使客户进行不必要的证券买卖。(6)其他违背客户真实意思表示，损害客户利益的行为，如混合操作、保证收益或弥补损失等。

(五)信用交易

信用交易又称保证金交易，指客户在买卖证券时，只向证券商交付一定数额的保证金和部分证券，其应付证券价款或应付证券不足时，由证券商垫付不足的资金或证券。《证券法》对信用交易采取了严厉禁止的态度，因为中国证券市场还很不成熟，法律上和实践中都不具备进行信用交易的条件，如果在这种情况下允许信用交易，会加大证券市场的风险，破坏证券市场的正常秩序，助长投机之风，形成证券市场的过度炒作和虚假繁荣，同时也会加大对证券市场监管的难度，不利于市场的健康发展和投资者理性观念的形成。

另外，《证券法》还明确规定，证券公司的自营业务必须以自己的名义进行，不得假借他人名义或者以个人名义进行（第137条）。禁止任何人挪用公款买卖证券（第82条）。国有企业和国有资产控股的企业买卖上市交易的股票，必须遵守国家有关规定（第83条）。证券交易所、证券公司、证券登记结算机构、证券交易服务机构、社会中介机构及其从业人员对证券交易中发现的禁止的交易行为，应当及时向证券监督管理机构报告（第84条）。

五、证券交易所

(一)证券交易所的概念和设立，

证券交易所是提供证券集中竞价交易场所的不以营利为目的的法人。中国现有两家证券交易所，即 1990 年 12 月设立的上海证券交易所和 1991 年 7 月设立的深圳证券交易所。

根据《证券法》的规定，证券交易所的设立和解散，由国务院决定（第 102 条第 2 款）。设立证券交易所必须制定章程，该章程的制定和修改，必须经国务院证券监督管理机构批准（第 103 条）。另外，证券交易所必须在其名称中标明证券交易所字样（第 104 条）。

(二)证券交易所的机构设置和人员管理

根据《证券法》和《证券交易所管理办法》的规定，证券交易所设会员大会、理事会、总经理和监察委员会 4 种机构。其中，会员大会由全体会员组成，是证券交易所的最高权力机构，决定重大问题；理事会是证券交易所的执行机构，执行会员大会决议，处理日常工作；总经理是协助理事会工作的机构，向理事会负责，总经理由国务院证券监督管理机构任免；监察委员会是证券交易所的监督机构，对理事、总经理活动的合法性进行监督。

《证券法》规定，有《中华人民共和国公司法》第 147 条规定的情形或者下列情形之一的，不得担任证券交易所的负责人：（一）因违法行为或者违纪行为被解除职务的证券交易所、证券登记结算机构的负责人或者证券公司的董事、监事、高级管理人员，自被解除职务之日起未逾 5 年；（二）因违法行为或者违纪行为被撤销资格的律师、注册会计师或者投资咨询机构、财务顾问机构、资信评级机构、资产评估机构、验证机构的专业人员，自被撤销资格之日起未逾 5 年。（第 108 条）。

《证券法》还规定，因违法行为或者违纪行为被开除的证券交易所、证券登记结算机构、证券服务机构、证券公司的从业人员和被开除的国家机关工作人员，不得招聘为证券交易所的从业人员（第 109 条）。

(三)证券交易所的竞价交易规则

1、进场交易的主体。进入证券交易所参与集中交易的，必须是证券交易所的会员（第 110 条）。

2、投资者委托交易。投资者应当与证券公司签订证券交易委托协议，并在证券公司开立证券交易账户，以书面、电话以及其他方式，委托该证券公司代其买卖证券（第 111 条）。

3、交易申报的规则。证券公司根据投资者的委托，按照证券交易规则提出交易申报，参与证券交易所场内的集中交易（第 112 条）。

4、进行清算交割。证券登记结算机构根据成交结果，按照清算交收规则，与证券公司进行证券和资金的清算交收，并为证券公司客户办理证券的登记过户手续（第 112 条）。

六、证券公司

证券公司是指依照《公司法》和《证券法》规定批准的从事证券经营业务的有限责任公司或者股份有限公司。证券公司分为综合类证券公司和经纪类证券公司。

设立综合类证券公司必须具备下列条件：注册资本最低限额为人民币 5 亿元，主要管理人员和业务人员必须具有证券从业资格，有固定的经营场所和合格的交易设施，有健全的管理制度和规范的自营业务与经营业务分业管理体系。

设立经纪类证券公司必须具备下列条件：注册资本最低限额为人民币 5000 万元，主要管理人员和业务人员必须具有证券从业资格，有固定的经营场所和合格的交易设施，有健全的管理制度。

设立证券公司，必须经国务院证券监督管理机构审查批准。未经国务院证券监督管理机构批准，任何单位和个人不得经营证券业务（第 122 条）。如果批准的，按照不同种类的证券公司颁发业务许可证。

综合类证券公司可以经营下列证券业务：(1)证券经纪业务。(2)证券自营业务。(3)证券承销业务。(4)经国务院证券监督管理机构核定的其他证券业务。

经纪类证券公司只允许经营证券经纪业务。

七、违反证券法的法律责任

（一）违反证券发行规定行为及其法律责任

证券发行违法行为主要包括：(1)擅自发行证券或者制作虚假发行文件发行证券的。(2)证券公司承销或者代理买卖擅自发行的证券。(3)核准上市交易证券的发行人未按规定披露信息，或者披露的信息有虚假记载、误导性陈述或有重大遗漏的。

作出上述行为的，有关主体分别承担相应的责任。责任包括：(1)行政责任，如责令违法主体停止发行、责令改正、罚款等。(2)民事责任，如退还所募资金并加算银行同期存款利息等。(3)刑事责任，即所作出的行为构成犯罪的，按刑法规定追究刑事责任。

（二）违反证券交易规定行为及其法律责任

证券交易违法行为主要包括：(1)内幕交易。(2)操纵市场。(3)编造、传播虚假信息和进行虚假陈述。(4)违背客户委托买卖证券，办理交易事项及其他事项。(5)挪用公款买卖证券。(6)为客户进行融资、融券交易。(7)法人以个人名义开立帐户买卖证券。(8)禁止持有、买卖或者限制买卖股票的人员持有、买卖股票。

作出上述行为的，有关主体分别承担相应的责任。责任包括：(1)行政责任，如责令依法处理非法获得的证券，没收违法所得，罚款，给予直接负责的主管人员和直接责任人员行政处分等。(2)民事责任，如赔偿损失等。(3)刑事责任，即所作出的行为构成犯罪的，按刑法规定追究刑事责任。

（三）违反证券机构管理规定的行为及其法律责任

违反证券机构管理规定的行为主要包括：(1)非法开设证券交易场所（第 196 条）。(2)擅自设立证券公司经营证券业务（第 197 条）。(3)擅自设立证券登记结算机构或者证券交易服务机构（第 200 条）。(4)骗取证券业务许可（第 221 条）。(5)证券公司擅自经营非上市证券的交易，私自接受客户委托买卖证券，接受客户的全权委托买卖证券，对客户承诺保证其收益、弥补其亏损（第 212 条）。(6)综合类证券公司对自营业务和经纪业务混合操作，假借他人名义或者以个人名义从事自营业务（第 220 条）。(7)中介机构为证券发行、上市和活动出具的报告、文件有弄虚作假的内容。(8)证券监督管理机构对不合法的证券发行、上市的申请以及不合法的证券公司、证券登记结算机构、证券交易服务机构的申请予以批准。(9)证券监督管理机构的工作人员和发行审核委员会的组成人员徇私舞弊、玩忽职守或者刁难有关当事人。

作出上述行为的，有关主体分别承担相应的责任。责任包括：(1)行政责任，如依法取缔，责令改正，取消证券业务许可，责令关闭，责令停业，吊销责任人员资格证书，没收违法所得，罚款，给予直接负责的主管人员和直接责任人员行政处分等。(2)民事责任，如赔偿损失等。(3)刑事责任，即所作出的行为构成犯罪的，按刑法规定追究刑事责任。

第十一节　税收法律制度

一、税收的概念和特征

税收是指国家为了实现其职能的需要，依照法律规定凭借其政治权力参与国民收入分配和再分配，无偿、强制地从社会产品中取得财政收入的一种特定的分配形式。

税收是国家为了实现它的职能而取得财政收入的一种方式。一个国家要维持政权的存在，就必须建立相应的国家机器，同时，发展经济，兴办各种社会公共事业，都需要庞大的财政收入作为后盾。国家存在和发展所需要的物质资料只能从社会产品的分配中取得，而税收就是国家取得财政收入的一种方式。

税收作为财政收入的主要形式，具有以下基本特征：

（1）税收的强制性，这是任何一种税收制度皆具有的共同特征。国家征税是依据税法强制征收的。任何单位和个人，只要是税法规定应该纳税的，都必须无条件按时足额缴纳税款，履行纳税义务，否则就要受到法律制裁。税收的强制性是国家无偿取得财政收入的可靠保证。

（2）税收的无偿性。国家依据税法征税，不需要向纳税人付任何报酬。税款一经依法征收，就归国家所有，不再直接归还纳税人。

（3）税收的规范性。国家通过税法，事先规定了明确的纳税义务人、征税对象和税率等，税法一旦公布施行，各级税务机关和纳税人，即征纳双方都必须严格遵守。未经严格的立法程序，任何单位和个人都不得随意变更或修改。税收的规范性使其与一些单位的乱收费、乱罚款、乱摊派迥然不同。

《中华人民共和国宪法》第 56 条规定，中华人民共和国自然人，有依照法律纳税的义务。

二、中国税收种类

1994 年 1 月 1 日起，中国实施工商税制改革，其指导思想是统一税法、公平税负、简化税制、合理分权、理顺分配关系，保障财政收入，建立符合社会主义市场经济要求的税制体系。通过改革，初步建立了以流转税和所得税为主本的，多税种、多层次、多环节和复税制体系。目前中国已开征的税种有 24 个，它们是：增值税、消费税、营业税、资源税、企

业所得税、外商投资企业和外国企业所得税、个人所得税、印花税、土地增值税、城市维护建设税、城市房地产税（税制改革方案已将其并入房产税）、车船使用税（税制改革已将其并入车船使用税）、屠宰税、筵席税、关税、船舶吨税、农业税、牧业税、耕地占税和契税。前 18 种税就是通常所谓的工商税，由税务机关负责征收；关税和船舶吨税由海关机关负责征收。但自 1996 年 1 月 1 日起改由税务机关负责征收。

三、税法的概念和调整对象

（一）税法的概念

税法是确认和调整国家在筹集财财资金过程中形成的税收关系的法律规范的总称。税法是规定国家与纳税人之间征收与缴纳税款的权利、义务的法律规范，也是国家向纳税人征税的法律依据。

税法是一个统称，包括实体法和程序法，在中国已形成独立的税法体系。税法形式包括税收法律、条例、施行细则、征收办法、重要规定等，这些内容共同构成中国税法体系不可分割的整体。根据中国宪法规定，全国人民代表大会及其常务委员会行使国家立法权，制定、修改和废除国家的各项法律。所以，中国税收的立法机关是全国人民代表大会及其常务委员会。有一些税收法规是由全国人民代表大会及其常务委员会授权国务院、省（自治区、直辖市）人民代表大会及其常务委员会以及财政部、国务院关税税则委员会、国家税务总局制定并公布实施的。此外中国加入的关于税收的国际条约也是中国税法的组成部分。

（二）税法的调整对象

税法调整对象的内容及其性质，是由社会经济发展状况和社会制度决定的。中国税法的调整对象是在国家税收活动中发生的征收与缴纳主体之间的经济关系、中央与地方之间的税收权限关系和税收程序关系。具体包括以下内容：

1、税收征纳关系包括国家与全民所有制企业之间的征纳关系，国家与集体所有制企业之间的征纳关系，国家与行政事业单位及其附属单位之间的征纳关系，国家与公司之间的征纳关系，国家与私营企业之间的征纳关系，国家与外商投资企业之间的征纳关系，国家与个体工商户、农村承包经营户以及自然人之间的征纳关系。属于物质的社会关系。

2、税收权限关系包括中央与地方之间的税收立法权限关系，国家权力机关与国家行政机关之间、上级国家机关与下级国家之间的税收管理权限关系。属于非物质社会关系。

3、税收程序关系包括税务登记、账簿凭证管理、税款征收、纳税申报、税务检查、税务争议的解决以及税务处罚等程序关系。

税法有自己确定的调整对象，税法已成为一个独立的法律部门。

四、税收法律关系

税收法律关系是税法调整国家与纳税义务人之间在税款征收活动中所发生的征纳关系而形成的权利和义务关系。它是国家参与国民收入分配和再分配的经济关系的法律上的表现。税收法律关系的要素由主体、内容和客体构成。

（一）税收法律关系的主体，是指税收法律关系的参加者，即在税收法律关系中权利的享有者和义务的承担者。它们的主体资格是由国家法律法规直接规定的。税收法律关系的主体，分为征税主体和纳税主体。征税主体给终是国家；纳税主体包括各类纳税义务人。

（二）税收法律关系的内容，是指征收与缴纳双方所享有的权利和应承担的义务。征税主体和纳税主体的权利义务主要包括以下内容：

1、征税主体的权利是依法进行征税，办理税务登记，核发税务登记证，进行税务检查和对违章者进行处罚等，征税主体的义务是将税款及时无误地解缴国库，出具各种凭证为纳税保守秘密，及时把税收争议案件提交上级机关处理等。

2、纳税主体的权利是按税法规定享有减税免税和申报退税，对税务机关作出的不合理决定，有权申请上级税务机关复议，对复议仍持异议，可诉诸法院等；纳税主体的义务是必须按时办理纳税登记，接受监督检查，提供真实的会计报表及纳税资料，依法缴纳税款，不拖欠，不偷漏税，不抗税等。

（三）税收法律关系的客体，是指税收法律关系主体之间的权利和义务共同指向的对象和实现的目标。包括货币、实物和行为 3 个方面。

五、税法的构成要素

税法的构成要素一般包括：纳税义务人；征税对象；税率；纳税环节；纳税地点和期限；减税免税；征收管理等。

（一）纳税义务人

纳税义务人是税法规定的直接对国家承担纳税义务的人，包括各种社会组织和自然人。在税法中规定纳税义务人，就是明确由谁缴纳税款，没有纳税人，就无法实现税收目的。如果纳税人无正当理由拒绝承担纳税义务，就必须承担法律上的责任。

纳税义务人不同于扣缴义务人和征税主体。扣缴义务人，是负有代扣代缴义务的单位和个人，征收主体是国家。

（二）征税对象

征税对象是税法规定的必须征税的对象，表明国家对什么样的标的物征税。征税对象是征税与不征税的分界线，而不同征税对象又构成不同税种，在税法中就要以征税对象来区别各种税和设置税种。例如，收益税的征税对象是收益额，流转税的征税对象是商品销售额或服务性业务的营业额等。

税目是税法规定的具体的征税项目，它是征税对象的具体化，表明征税的范围和广度。税法规定税目，可以通过明确征税对象的范围，制定高低不同的税率，从而贯彻国家的经济政策。

（三）税率

税率是纳税额与计税依据额之间的比例。税率是税收范畴和税收制度的核心内容，是计算税额的尺度。在征税对象确定的前提下国家征税的数量和纳税人的负担水平取决于税率，国家一定时期的税收政策也主要体现在税率方面。税率在实际应用上有两种形式：一种是按绝对量形式规定的固定征收额度，即定额税率，适用于从量征收的税种；一种是按相对量形式规定的征收比例，这种形式又可分比例税率和累进税率。定额税率，是按征税对象的计量单位直接规定应纳税额的税率形式，采用定额税率征税，税额的多少同征税对象的数量成正比。比例税率，是对同一征税对象，不分数额大小，规定相同的征收比例的税率。它是税负横向平衡的重要体现，使用范围比较广泛，通常用于流转额的征税。累进税率，是对同一征税对象，随数量的增大，征收比例也随之增高的税率。表现为将征税对象按数额大小分为若干等级的中间税率。一般多在收益课税中使用，可以更有效地调节纳税人的收入，正确处理税负的纵向公平问题。累进税率按照依据和累进方式的不同，又分为全额累进税率、超额累进税率和超率累进税率。

零税率是以零表示的税率。在现行税种中，如在《固定资产投资方面调节税暂行条例》和《增值税暂行条例》中都有规定，它不是真正的税率，只表明免税或优惠，具有计算和意义，在进口货物的增值税计算时，以零税率计算，就保证了出口退税，即：应纳税额=当期销售额・税率-当期进项税额，当税率为零时，应纳税额为负数，应为退税款。

（四）纳税环节

纳税环节是指税法规定的征税对象在从生产到消费的流转过程中应缴纳税款的环节，有广义和狭义之分。广义的纳税环节指全部征税对象在再生产中的分布，如资源税分布在生产环节、增值税分布在流通环节、所得税分布在分配环节等。狭义的纳税环节指应税商品在流转过程中应纳税款的环节，它是商品流转课税中的特殊概念。商品经济条件下，商品从生产到消费通常经过生产制造、商业批发、商业零售等环节。商品课税的纳税环节，应当选择在商品流转的必要环节。中国税法一般是根据不同税种和征税对象的特点，遵循有利于控制税源、简化纳税手续、保证收入及时入库和便于集中管理等原则来确定纳税环节的。如消费税是由最终消费者负担的，理论上应在零售环节，而实际上消费税的纳税环节确定在生产环节。纳税环节与纳税义务发生时间和纳税期限紧密联系。

（五）纳税期限和纳税地点

1、纳税期限是指税法规定的纳税人向国家缴纳税款的时间限期。纳税期限是根据纳税人的生产经营规模和各个税种的不同特点确定的。它包括纳税申报期和税款缴库期。纳税申报期按次计算的，是以纳税人从事生产经营活动的次数作为纳税计算期；按期计算的，是以纳税人纳税义务的一定时间期限作为纳税计算期。税款缴库期是指纳税发生计算期期满后，纳税人报缴税款的法定期限。

2、纳税地点是指税款规定的纳税人缴纳税款的具体场所。税法规定的纳税地点，有利于对税款的源泉控制，避免税款流失或重征，涉及征税管辖和便利纳税等问题。纳税地点一般分为就地纳税、口岸纳税、集中纳税、汇总纳税等方式，主要依据是住所地、营业地、财产所在地或行为发生地。如营业税的纳税地点是：（1）纳税人提供应税劳务的，为劳务发生地；（2）纳税人从事运输业务的为机构所在地；（3）纳税人转让土地使用权的，为土地所在地；（4）纳税人销售不动产的，为不动产所在地。

（六）免税减税

减税免税是指税法对某些纳税人和征税对象给予减轻或免除税负的一种优惠规定。减税是对应征收一部分，免税是对应征税款全部予以免征。在中国税收征管实践中，税收减免主要有三种：法定减免、特案减免和临时减免。根据中国税法规定，减免税主要是从鼓励生产、社会保障和自然灾害等方面给予减税、免税照顾。

除法律另有规定以外，免税、减税项目由国务院规定，任何地区、部门均不得规定免税、减税项目。出口退税实际上是免税；企业年度亏损，可用下一年度所得弥补，实际也是一种免税，对免税减税应从全方位认识。

（七）征收管理

税种的法律规定中，一般都有征收管理的规定。税的征收管理，依照《中华人民共和国税收征收管理法》及有关规定执行。《税收征收管理法》是中国目前统一的程序性质的法律，但在某一税种的法律规定中，还有具体的征管规定，如核定营业额、调整所得额、具体征收方式的确定等。

六、主要税收制度

（一）增值税的法律规定

增值税是以增值额为征税对象的一种流转税。所谓增值额，从理论上讲就是企业在生产经营过程中新创造的那部分价值。增值税具有普遍征收、征收范围大的优点。在多环节征税的情况下，按增值额征税避免了重复征税。中国增值税，税率档次少，以不含增值税的价格为计税依据，价税分离，价外征收，同时实行凭发票注明税款抵扣制。《中华人民共和国增值税暂行条例》于 1993 年 12 月 13 日发布，1994 年 1 月 1 日起施行。

1、增值税的纳税义务人是在中国境内从事销售、进口货物、提供加工、修理修配劳务的单位和个人。这里的单位和个人包括各类所有制性质的企业，以及各种行政单位、社会团体、事业单位、军事单位和个体经营者及其他个人，还包括外商投资企业和外国企业。这里所说的境内是指所销售的货物的起运地或所在地在境内，以及销售的应税劳务发生在境内。另外，纳税人又有一般纳税人和小规模纳税人之分，主要以生产经营规模、年应税销售额为标准进行划分。

2、增值税的征税对象应为货物、提供加工、修理修配劳务和进口货物的增值额，征税范围，主要包括了货物的生产、批发、零售和进口 4 个环节，还包括加工和修理修配。对农业生产环节，不征收增值税。

3、增值税的税率一共有 3 档，即基本税率 17%，低税率 13%和零税率。零税率的实施范围主要是出口货物。依照税法规定，低税率的范围仅限于下列几类货物：第一，粮食、食用植物油。第二，自来水、暖气、冷风、热气、煤气、石油液化气、天然气、沼气、居民用煤制品。第三，图书、报纸、杂志。第四，饲料、化肥、农药、农膜、农机。第五，国务院规定的其他货物。除以上几类货物适用低税率外，其他货物和应税劳务的一律按 17%的基本税率征税。

4、免税、减税

增值税对纳税人采取规定起征点办法减轻其纳税负担：销售货物起征点为月销售额 600 至 2000 元；销售应税劳务的起征点为月销售额 200 至 800 元；按次纳税的起征点为每次（日）销售额 50 至 80 元。上述起征点规定只限于个人，对销售额未达到起征税的纳税人，免征增值税。免征增值税的项目有：农民销售的自产农业产品；避孕药品和用具；古旧图书；直接用于科学研究、科学试验和教学的进口仪器、设备；外国政府、国际组织无偿援助的进口物资和设备；来料加工、来件装配和补偿贸易所需进口的设备；由残疾人组织直接进口供残疾人专用的物品；销售自己使用过的物品。增值税的免税、减税项目由国务院规定，任何地区、部门均不得规定免税、减税项目。实行零税率时，纳税人可以免缴本环节的税款，同时还可以扣除上一环节已缴纳的税款。

5、税款的缴纳

1）纳税义务发生时间是销售货物或者应税劳务，为收讫销售款或者取得索取销售款凭据的当天；进口货物，为报关进口的当天。

2）纳税地点。（1）固定业户应当向其机构所在地主管税务机关申报纳税。总机构和分支机构不在同一县（市的），应当分别向各自所在地主管税务机关申报纳税，经国家税务总局或其授权的税务机关批准，可以由总机构汇总向机构所在地主管税务机关申报纳税。（2）固定业户到外县（市）销售货物的，应当向其机构所在地主管税务机关申请开具外出经营活动税收管理证明，向其机构所在地主管税务机关申报纳税。未持有其机构所在地主管税务机关核发的外出经营活动税收管理证明，到外县（市）销售货物或者应税劳务的，应当向销售地主管税务机关申报纳税，未向销售地主管税务机关申报纳税的，由其机构所在地主管税务机关补征税款。（3）非固定业户销售货物或者应税劳务，应当向（销售地）主管税务机关申报纳税。（4）进口货物，应当由进口人或其代表人向报关地海关申报纳税。

3）增值税的纳税期限分别为 1 日、3 日、5 日、10 日、15 日或者 1 个月。纳税人的具体纳税期限，由主管税务机关根据纳税人应纳税额的大小分别核定；不能按照固定期限纳税的，可以按次纳税。纳税人以 1 个月为一期限纳税的，自期满之日起 10 日之内申报纳税；以 1 日、3 日、5 日、10 日或者 15 日为一期限纳税的，自期满之日起 5 日内预缴税款，于次月 1 日起 10 日内申报纳税并结清上月应纳税款。纳税人进口货物，应当自海关填发税款缴纳证的次日起 7 日内缴纳税款。

6、增值税的征收管理，依照《中华人民共和国税收征收管理法》及本条例有关规定执行。增值税由税务机关征收，进口货物的增值税由海关代征。个人携带或者邮寄进境自用物品的增值税，连同关税一并计征。纳税人销售货物或者应税劳务，应当向购买方开具增值税

专用发票，并在增值税专用发票上分别注明销售额和销项税额。属于下列情形之一，需要开具发票的，应当开具普通发票，不得开具增值税专用发票：（1）向消费者销售货物或者应税劳务的；（2）销售免税货物的；（3）小规模纳税人销售货物或者应税劳务的。纳税人出口适用税率为零的货物，向海关办理出口手续后，凭出口报送单等有关凭证，可以按月向税务机关申报办理该项出口货物的退税。

（二）消费税的法律规定

消费税是指对在中国境内从事生产、委托加工和进口应税消费品的单位和个人就其销售额或销售数量为征税对象的一种流转税。它是选择一部分应税消费品，在征收一道增值税的基础上再开征一道消费税，以重点调节，抑制超前消费和集团消费。在对所有货物普遍征收增值税的前提下，选择特定的非生活必需品和日用品进行特殊调节。为加强对消费税的源泉控制，避免税款流失，消费税的纳税环节确定在生产环节。《中华人民共和国消费税暂行条例》于 1993 年 12 月 13 日发布，1994 年 1 月 1 日起施行。

1、消费税的纳税义务人是指在中国境内从事生产、委托加工和进口应税消费品的单位和个人，包括国家企业、集体企业、股份制企业、私营企业、其他企业和行政单位、事业单位、军事单位、社会团体及其他单位。个人是指个体经营者及其他个人；也还包括外商投资企业和外国企业。

2、消费税选择了 11 大类征税品目作为征税对象。选择的应税消费品可分为五种类型：第一类，一些过度消费会对人类健康、社会秩序、生态环境等方面造成危害的特殊消费品，如烟、酒、鞭炮、焰火等；第二类，奢侈品，非生活必需品，如化妆品、贵重首饰及珠宝玉石等；第三类，高耗能及高档消费品，如摩托车、小汽车；第四类，不可再生和替代的石油消费品，如汽油、柴油；第五类，具有一定财政意义的产品，如护肤护发品、汽车轮胎等。

3、为了正确引导消费方向，遏制过度消费，同时适应消费者的货币支付能力和税负水平，消费税设置从 3%至 45%共 11 个档次的比例税率和 4 个档次的定额税率。

4、对纳税人出口应税消费品，免征消费税；国务院另有规定的除外，出口应纳消费品的免税办法，由国家税务总局规定。

5、税款的缴纳

1）纳税人销售的应税消费品，以及自产自用的应税消费品，除国家另有规定的以外，应当向纳税人核处主管税务机关申报纳税。委托加工的应税消费品，由受托方向所在地方管税务机关解缴消费税税款。进口的应税消费品，由进口人或其代表人向报关地海关申报纳税。

2）消费税的纳税期限分别为 1 日、3 日、5 日、10 日、15 日或者 1 个月。纳税人的具体纳税期限，由主管税务机关根据纳税人应纳税额的大小分别核定；不能按照国家固定期限纳税的，可以按次纳税。纳税人以 1 个月为一期纳税的，自期满之日起 10 日内申报纳税；以 1 日、3 日、5 日、10 日或者 15 日为一期纳税的，自期满之日起 5 日内预缴税款，于次月 1 日起 10 日内申报纳税并结清上月应纳税款。纳税人进口应税消费品，应当自海关填发税款缴纳征的次日起 7 日内缴纳税款。

6、征收管理

依照《中华人民共和国税收征收管理》及本条例有关规定执行。消费税收税务机关征收，进口的应税消费品的消费税由海关代征。个人携带或者邮寄进境的应税消费品的消费税，连同关税一并计征。具体办法由国务院关税税则委员会会同有关部门制定。纳税人应税消费品的计税价格明显偏低又无正当理由的，由主管税务机关核定其计税价格。委托加工的应税消费品，由受托方在向委托方交货时代收代缴税款。委托加工的应税消费品，委托方用于连续生产应税消费品的，应纳税款准予按规定抵扣。进口的应税消费品，于报关进口时纳税。

（三）营业税的法律规定

营业税是对在中国境内提供应税劳务、转让无形资产和销售不动产的单位和个人，就其营业额征收的一种流转税。营业税具有按行业设计税目、税率、税负低、税率简单整齐和容易计算的特点。《中华人民共和国营业税暂行条例》于 1993 年 12 月 13 日发布，自 1994 年 1 月 1 日施行。

1、营业税的纳税义务人是在中国境内提供营业税条例规定的劳务（应税劳务）、转让无形资产或者销售不动产的单位和个人。包括国有企业、集体企业、私有企业、股份制企业、其他企业和行政单位、事业单位、军事单位、社会团体及其他单位；个人是指个体工商户及其他有经营行为的个人；还包括外商投资企业和外国企业。

2、营业税的征税对象依照税目确定，共 3 大类 9 项：第一类，提供应税劳务的，包括；交通运输业、建筑业、金融保险业、邮电通信业、文化体育业、娱乐业、服务业；第二类，转让无形资产的，包括：转让土地使用权、转让商标权、转让专利权、转让非专利技术、转让著作权、转让商誉；第三类，销售不动产的，包括：销售建筑物或构筑物、销售其他土地附着物。

3、营业税设置了 3 档税率。交通运输业、建筑业、邮电通讯业、文化体育业的税率为 3%；金融保险业、服务业、转让无形资产、销售不动产的税率为 5%；娱乐业的税率为 5%—20%。

4、营业税采取有幅度的起征点制度。起征点的适用范围限于个人，规定如下：按期纳税的起征点为月营业额 200 元至 800 元；按次纳税的起征点为每次（日）营业额 50 元。纳税人营业额未达到财政部规定的营业税起征点的，免征营业税。纳税人营业额达到起征点的，应按营业额全额计算应纳税额。下列项目免征营业税：（1）托儿所、幼儿园、养老院、残疾人福利机构提供的育养服务、婚姻介绍、殡葬服务；（2）残疾人员个人提供的劳务；（3）医院、诊所和其他医疗机构提供的医疗服务；（4）学校和其他教育机构的教育劳务，学生勤工俭学提供的劳务；（5）农业机耕、排灌、病虫防治、植保、农牧业保险以及相关技术培训业务、家禽、牲畜、水生动物的配种和疾病防治；（6）纪念馆、博物馆、文化馆、美术馆、展览馆、书画院、图书馆、文物保护单位、宗教场所举办文化活动的门票收入，宗教场所举办宗教活动的门票收入。除前款规定外，营业税的免税，减税项目由国务院规定。任何地区额外均不得规定免税、减税项目。纳税人兼有免税、减税项目的，应当单独核算免税、减税项目的营业额；未单独核算营业额的，不得免税、减税。

5、税款的缴纳

1）纳税义务发生时间：营业税的纳税义务发生时间，为纳税人收讫营业收入款项或者取得营业收入款项凭据的当天。

2）纳税地点：（1）纳税人提供应税劳务，应当向应税劳务发生地主管税务机关申报纳税。纳税人从事运输业务，应当向其机构所在地主管税务机关申报纳税。（2）纳税人转让土地使用权，应当向土地所在地主管税务机关申报纳税。纳税人转让其他无形资产，应当向其机构所在地主管税务机关申报纳税。（3）纳税人销售不动产，应当向不动产所在地主管税务机关申报纳税。

3）纳税期限

营业税的纳税期限，分别为 5 日、10 日、15 日、或者 1 个月。纳税人的具体纳税期限，由主管税务机关根据应纳税额的大小分别核定；不能按照固定期限纳税的，可以按次纳税。纳税人以 1 个月为一期纳税的，自期满之日起 10 日内申报纳税；以 5 日、10 日或者 15 日为一个期纳税的，自期满之日起 5 日内预缴税款，于次月 1 日起 10 日申报纳税并结清上月应纳税款。

6、征收管理

营业税的征收管理，依照《中华人民共和国税收征收管理法》及本条例有关规定执行。纳税人兼有不同税目应税行为的，应当分别核算不同税目的营业额、转让额、销售额（以下简称营业额）；未分别核算营业额的，从高适用税率。

扣缴义务人是指按照税法的规定，负有代扣代缴税款义务的单位和个人。为了实行源泉控制，保证税收收入，营业税规定以下几种情况实行扣缴制度：托金融机关发放贷款，以受托发放贷款的金融机构为扣缴义务人。筑安装业务实行分包或转包的，以总承包人为扣缴义务人。境外单位或者个人在境内发生应税行为而在境内未设有经营机构的，其应纳税款以代理者为扣缴义务人；没有代理者的，以受让者或者购买者为扣缴义务人。单位或者个人进行演出由他人售票的，其应纳税款以售票者为扣缴义务人。保险业中的分保业务，以原保险人为扣缴义务人。演出经纪人为个人的，其办理演出业务的应纳税款以售票者为扣缴义务人。个人转让无形资产的，其应纳税款以受让者为扣缴义务人。

（四）企业所得税的法律规定

企业所得税是对企业纯收益征收的一种收益税。企业所得税属于“直接税”，是中国的主体税种。《中华人民共和国企业所得税暂行条例》于 1993 年 12 月 13 日发布，于 1994 年 1 月 1 日施行。

1、纳税义务人是指实行独立经济核算的企业或者组织，包括国有企业；集体企业；私营企业；联营企业；股份制企业；有生产、经营所得和其他所得的其他组织。

这里所称的“实行独立经济核算的企业或者组织”，是指在银行开设结算账户，独立建立账簿，编制财务会计报表，独立计算盈亏的企业或者组织。国有企业、集体企业、私营企业、联营企业、股份制企业，是指按照国家有关规定注册登记的各类企业。所称有生产、经营所得和其他所得的其他组织，是指经国家有关部门批准注册登记的事业单位、社会团体等组织。

2、征税对象

在中国境内的企业，除外商投资企业和外国企业外，应当就其生产、经营所得和其他所得，依照本条例缴纳企业所得税。企业的生产、经营所得和其他所得，包括来源于中国境内、境外的所得。生产、经营所得，是指从事物质生产、交通运输、商品经营、劳务服务和其他营利事业取得的纯收益。其他所得，是指股息、利息、租金、转让各类资产收益以及营业外收入等。

作为计税依据的应纳税所得额，是纳税人每一纳税年度的收入总额减去准予扣除项目后的余额。企业所得税的征收范围包括从事制造业、采掘业、交通运输业、建筑安装业、家林

牧渔业、水利业、商品流通业、邮电通讯业、服务业以及其他行业的企业。但是，考虑到金融、保险企业的情况比较特殊，因此没有将其纳入本条例的调整范围。

3、税率

企业所得税采用统一的比例税率。税率为 33%。对年应纳税所得额在 10 万元以下的企业，根据应纳税所得额的大小，分别实行 27%和 18%的两档低税率。

4、免税、减税

对下列纳税人，实行税收优惠政策：（1）民族自治地方的企业，需要照顾和鼓励的，经省级人民政府批准，可以实行定期减税或者免税；（2）法律、行政法规和国务院有关规定给予减税或者免税的企业，依照规定执行。对年所得在 10 万元以下的小企业的优惠税率也属于免税减税。

6、税款的缴纳

1）纳税人发生年度亏损的，可以用下一纳税年度的所得弥补，下一纳税年度的所得不足弥补的，可以逐年延续弥补，但是延续弥补期最长不得超过 5 年。

2）纳税地点

纳税人应当在月份或者季度终了后 15 日内，向其所在的主管税务机关报送会计报表和预缴所得税申报表；年度终了后 45 日内，向其所在地主管税务机关报送会计决算报表和所得税申报表。除国家另有规定外，企业所得税由纳税人向其所在地主管税务机关缴纳。

3）纳税期限

缴纳企业所得税，按年计算，分月或者分季预缴。月份或者季度终了后 15 日内预缴，年度终了后 4 个月内汇算清缴，多退少补。

6、征收管理

企业所得税的征收管理，依照《中华人民共和国税收征收管理法》及本条例有关规定执行。（1）纳税人在计算应纳税所得额时，其财务、会计处理办法同国家有关税收的规定有抵触的，应当按照国家有关税收的规定计算纳税。（2）纳税人与其关联企业之间的业务往来，应当按照独立企业之间的业务往来收取或者支付价款、费用。不按照独立企业之间的企业往来收取或者支付价款、费用，而减少其应纳税所得额的，税务机关有权进行合理调整。（3）纳税人来源于中国境外的所得，已在境外缴纳的所得税款，准予在汇总纳税时，从其应纳税额中扣除，但是扣除额不得超过其境外所得依照本条例规定计算的应纳税额。（4）纳税人依法进行清算时，其清算终了后的清算所得，应当按照本条例规定缴纳企业所得税。

（五）外商投资企业和外国企业所得税

外商投资企业和外国企业所得税是向在中国的外商投资企业和从中国境内取得应税所得的外国企业所征收的一种收益税。为了贯彻对外开入的方针政策，吸收外产投资，促进对外经济技术合作和交流，中国在 1980 年和 1981 年先后发布了《中华人民共和国中外合资经营企业所得税法》和《中华人民共和国外国企业所得税法》。为了有利于以更多的灵活方式吸收外商投资，有利于参照国际税收的通常作法合理规范中国税收管辖原则有利于外商灵活地选择投资方式，进一步贯彻沿海经济发展战略，积极发展和扩大对外的经济技术合作与交流，1991 年 4 月 9 日经中华人民共和国第 7 届全国人民代表大会第 4 次会议通过，并公布了《中华人民共和国外商投资企业和外国企业所得税法》，自 1991 年 7 月 1 日起施行。同时废止《中华人民共和国中外合资经营企业所得税法》和《中华人民共和国外国企业所得税法》。

1、纳税义务人是取得所得的外商投资企业和外国企业。包括：（1）中外合资经营企业；（2）中外合作经营企业；（3）外资企业；（4）在中国境内设立机构、场所，从事生产、经营的外国公司、企业和其他经济组织；（5）在中国境内没有设立机构、场所而有来源于中国的股息、利息、租金、特许权使用费等项所得的外国公司、企业和其他经济组织。

2、征税对象是外商投资企业和外国企业在中国境内的生产、经营所得和其他所得。

3、税率

区别所得的不同形态，采取不同的比例税率：（1）从事生产、经营的企业取得的应税所得，实行 30%的比例税率，另按应纳税所得额征收 3%的地方所得税。（2）外国公司、企业和其他经济组织在中国境内没有设立机构、场所，而有来源于中国境内的股息、利息、租金、特许权使用费和其他所得，按 20%的比例征收预提所得税。设立有机构、场所，其业务活动虽不直接涉及上述所得而又取得上述所得的，也按此比例税率征收预提税。

4、税收优惠

国家按照产业政策，引导外商投资方向，鼓励举办采用先进技术、设备、产品全部或者大部分出口的外商投资企业。除了非生产性（不包括石油、天然气、稀有金属、贵重金属等资源开采项目）企业，经营期 10 年以上的，可以从开始获利的年度起，头两年免征所得税，第 3 年至第 5 年减半征收所得税外，还根据中国对外开放形成的由沿海和内地扩建的格局采取了分地区、有重点、多层次的涉外税收优惠。

（六）个人所得税法

个人所得部是对个人取得的各项应税所得征收的一种收益税，体现国家与个人的分配关系。个人所得税法的立法目的在于调节个人收入差距，缓解社会分配不公的矛盾，有利于贯

彻落实改革、开放的方针政策，充分体现普遍征收和分平征税原则，同时要简便易行、便于征管。其特点是分项计征、计税方式多样、采用源泉扣缴和自行申报的征收方式。

《中华人民共和国个人所得税法》于 1980 年 9 月 10 日第 5 届全国人民代表大会第 3 次会议通过，根据 1993 年 10 月 31 日第 8 届全国人民代表大会常务委员会第 4 次会议《关于修改〈中华人民共和国个人所得税法〉的规定》第一次修正，根据 1999 年 8 月 30 日第 9 届全国人民代表大会常务委员会第 11 次会议《关于修改〈中华人民共和国个人所得税法〉的决定》第二次修正，自 1999 年 8 月 30 日生效。

1、纳税义务人

个人所得税的纳税义务人包括两类：在中国境内有住所，或者无住所而在境内居住满一年的个人，从中国境内和境外取得所得的个人，也称居民纳税人。在中国境内无住所又不居住或者无住所而在境内居住不满 1 年的个人，从中国境内取得的所得的个人，也称非居民纳税人。在中国境内有住所的个人，是指因户籍、家庭、经济利益关系而在中国境内有居住的个人。在境内居住满 1 年，是指在一个纳税年度中在中国境内居住 365 日，临时离境的，不扣减日数。临时离境，是指在一个纳税年度中一次不超过 30 日或者多次累计不超过 90 日的离境。

2、征税对象

个人所得税以个人取得的各项所得为征税对象，采取列举所得项目，分别计算纳税的办法。1、工资、薪金所得；2、个体工商户的生产、经营所得；3、对企事业单位的承包经营、承租经营所得；4、劳务报酬所得；5、稿酬所得；6、特许权使用费所得；7、利息、股息、红利所得；8、财产租赁所得；9、财产转让所得；10、偶然所得；11、经国务院财政部门确定征税的其它所得。

各项个人所得范围：

1）工资、薪金所得，是指个人因任职或者受雇而取得的工资、薪金、奖金、年终加薪、劳动分红、津贴、补贴以及与任职或者受雇有关的其他所得。

2）人体工商户的生产、经营所得，是指（1）个体工商户从事工业、手工业、建筑业、交通运输业、商业、饮食业、服务业、修理业以及其他行业生产、经营取得的所得；（2）个人经政府有关部门批准，取得执照，从事办学、医疗、咨询以及其他有偿服务活动取得的所得；（3）其他个人从事个体工商业生产、经营取得的所得；（4）上述个体工商户和个人取得的与生产、经营有关的各项应纳税所得。

3）对企事业单位的承包经营、承租经营所得，是指个人承包经营、承租经营以及转包、转租取得的所得，包括个人按月或者按次取得的工资、薪金性质的所得。

4）劳务报酬所得是指个人从事设计、装璜、安装、制图、化验、测试、医疗、法律、会计、咨询、讲学、新闻、广播、翻译、审稿、书画、雕刻、影视、录间、录像、演出、表演、广告、展览、技术服务、介绍服务、经纪服务、代办服务以及其他劳务取得的所得。

5）稿酬所得，是指个人因其作品以图书、报刊形式出版、发表而取得的所得。

6）特许权使用费所得，是指个人提供专利权、商标权、著作权、非专利技术以及其他特许权的使用权取得的所得；提供著作权的使用取得的所得，不包括稿酬所得。

7）利息、股息、红利所得，是指个人拥有债权、股权而取得的利息、股息、红利所得。

8）财产租赁所得，是指个人出租建筑物、土地使用权、机器设备、车船以及其他财产取得的所得。

9）财产转让所得，是指个人转让有价证券、股权、建筑物、土地使用权、机器设备、车船以及其他财产取得的所得。

10）偶然所得，是指个人得奖、中奖中彩以及其他偶然性质的所得。

个人取得的所得，难以界定应纳税所得项目的，由主管税务机关确定。对股票转让所得征收个人所得税的办法，由财政部另行制定，报国务院批准施行。

3、税率

根据不同的应税项目，分别规定了两种税率。一种是超额累进税率，一种是20%的比例税率。1、工资、薪金所得，适用超额累进税率，税率为百分之5至百分之45。2、个体工商户的生产、经营所得和对企业事业单位的承包经营、承租经营所得，适用百分之5至百分之35的超额累进税率。3、稿酬所得，适用比例税率，税率为百分之20，并按应纳税额减征百分之30。4、劳务报酬所得，适用比例税率，税率为百分之20。对劳务报酬所得一次收入畸高的，可以实行加成征收，具体办法由国务院规定。5、特许权使用费所得，利息、股息、红利所得，财产租赁所得，财产转让所得，偶然所得和其他所得，适用比例税率，税率为百分之20。

4、免税、减税

下列各项个人所得，免征个人所得税；1、省级人民政府、国务院部委和中国人民解放军以上单位，以及外国组织、国际组织颁发的科学、教育、技术、文化、卫生、体育、环境保护等方面的奖金；2、储蓄、国债和国家发行的金融债券利息；个人储蓄存款利息长期以

来属于免税项目。但是，现在此项目已不属于免税项目。依照修正后《个人所得税法》的规定，中国已开征利息税。3、按照国家统一规定发给的补贴、津贴；4、福利费、抚恤金、救济金；5、保险赔款；6、军人的转业费、复员费；7、按照国家统一规定发给干部、职工的安家费、退职费、退休工资、离休工资、离休生活补助费；8、依照中国有关法律规定应予免税的各国驻华使馆、领事馆的外交代表、领事官员和其他人员的所得；9、中国政府参加的国际公约、签订的协议中规定免税的所得；10、经国务院财政部门批准免税的所得。

有下列情形之一的，经批准可以减征个人所得税；1、残疾、孤老人员和烈属的所得；2、因严重自然灾害造成重大损失的；3、其他经国务院部门批准减税的。

5、税款的缴纳

个人所得税，以所得人为纳税义务人，以支付所得的单位或者个人为扣缴义务人。在两处以上取得工资、薪金所得和没有扣缴义务人的，纳税义务人应当自行申报纳税。扣缴义务人每月所扣的税款，自行申报纳税人每月应纳的税款，都应当在次月 7 日内缴入国库，并向税务机关报送纳税申报表。工资、薪金所得应纳的税款，按月计征，由扣缴义务人或者纳税义务人在次月 7 日内缴入国库，并向税务机关报送纳税申报表。特定行业的工资、薪金所得应纳的税款，可以实行按年计算、分月预缴的方式计征，具体办法由国务院规定。个体工商户的生产、经营所得的应纳的税款，按年计算，分月预缴，由纳税人在次月 7 日内预缴，年度终了后 3 个月内汇算清缴，多退少补。对企事业单位的承包经营、承租经营所得应纳的税款，按年计算，由纳税义务人在年度终了后 30 日内缴入国库，并向税务机关报送纳税申报表。纳税义务人在 1 年内分次取得承包经营、承租经营所得的，应当在取得每次所得后的七日内预缴，年度终了后 3 个月内汇算清缴，多退少补。

从中国境外取得所得的纳税义务人，应当在年度终了后 30 日内，将应纳的税款缴入国库，并向税务机关报送纳税申报表。

自行申报的纳税义务人，应当向取得所得的当地主管税务机关申报纳税。从中国境外取得，以及在中国境内 2 处或者 2 处以上取得所得的，可以由纳税义务人选择一地申报纳税；纳税义务人变更申报纳税地点的，应当经原主管税务机关批准。

自行申报的纳税义务人，在申报纳税时，其在中国境内已扣缴的税款，准予按照规定从应纳税额中扣除。

6、征收管理

个人所得税的征收管理，依照《中华人民共和国税收征收管理法》的规定执行。

个人所得的应纳税所得，包括现金、实物和有价证券。所得为实物的，应当按照取得的凭证上所注明的价格计算应纳税所得额；无凭证的实物或者凭证上所注明的价格明显偏低的，由主管税务机关参照当地的市场价格核定应纳税所得额。所得为有价证券的，由主管税务机关根据票面价格和市场价格核定应纳税所得额。

在中国境内无住所，但是居住 1 年以上 5 年以下的个人，其来源于中国境外的所得，经主管税务机关批准，可以只就中国境内公司、企业以及其他经济组织或者个人支付的部分缴纳个人所得税；居住超过 5 年的个人，从第 6 年起，应当就其来源于中国境外的全部的所得缴纳个人所得税。

在中国境内无住所，但是在 1 个纳税年度中的中国境内连续或者累计居住不超过 90 日的个人，其来源于中国境内的所得，由境外雇主支付并且不由该雇主在中国境内的机构、场所负担的部分，免予缴纳个人所得税。

三、税收征收管理制度

（一）概述

税收征收管理法是调整在中国税收和征收与缴纳过程中形成的税收关系的法律规范总称。这里的税收关系是指税务管理、税款征收、税务检查、法律责任等关系。税收征收管理法律制度的基本规范是《中华人民共和国税收征收管理法》（以下简称《税收征管法》）。该法于 1992 年 9 月第 7 届全国人民代表大会常务委员会第 27 次会议通过，自 1993 年 1 月 1 日起施行，此后，全国人民代表大会常务委员会分别于 1995 年 2 月 28 日和 2001 年 4 月 28 日对《税收征管法》进行了修改。

《中华人民共和国税收征收管理法》的内容，包括总则、税务管理、税款征收、税务检查、法律责任和附则，将征纳双方在税收征收管理过程中应享有权利、应承担的责任义务，以及应遵循的制度等，都以法律形式明确规定下来。

（二）税务管理

税务管理包括税务登记、账簿凭证管理和纳税申报。

1、税务登记。指税务机关对纳税人的开业、变更、注销以及生产经营范围实行法定登记的一项管理制度。依照《税收征管法》的规定，企业、企业在外地设立的机构和从事生产、经营的场所，个体工商户和从事生产、经营的事业单位自领取营业执照之日起 30 日内，持有关证件，向税务机关申报办理税务登记。税务机关审核后发生变化的，自工商行政

管理机关办理变更登记之日起30日内或者在向工商行政管理机关申报办理注销登记之前，持有关证件向税务机关申报办理变更或者注销税务登记。

2、账簿、凭证管理。账簿凭证是纳税人、扣缴义务人从事生产、经营活动必不可少的工具，也是税务机关进行财务监督和税务检查的重要依据。依照《税收征管法》的规定，从事生产、经营的纳税人、扣缴义务人按照国务院财政、税务主管部门的规定设置账簿，根据合法、有效凭证记账，进行核算。个体工商户确实不能设置账簿的，经税务机关核准，可以不设置账簿，从事生产经营的纳税人的财务、会计制度或者财务、会计处理办法，应当报有关税务机关备案。增值税专用发票由国务院税务主管部门核定的企业印刷；其他发票，按照国务院主管部门的规定，分别由省、自治区、直辖市国家税局、地方税务局核定企业印制，未经上述规定的税务机关指定，不得印制发票。从事生产、经营的纳税人、扣缴义务人必须按照国务院财政、税务主管部门规定的保管期保管账簿、记账凭证、完税凭证及其他有关资料。

3、纳税申报，是纳税人、扣缴义务人履行义务的法定手续，也是税务机关征收税款的主要依据。依照《税收征管法》的规定，纳税人、扣缴义务人必须在法律、行政法规规定或者税务机关依照法律、行政法规的规定确定的期限内办理纳税申报，报送纳税申报表、财务会计报表或报送的代扣代缴、代收代缴税款报告表以及税务机关根据实际需要要求税纳人、扣缴义务人报送其他纳税资料或者有关资料。纳税人、扣缴义务人不能按期办理纳税申报或者报送代扣代缴、代收代缴税款报告表的，经税务机关核准，可以延期申报。

（三）税款征收

税款征收是税收征收管理中一个重要环节，它关系到国家税款能否及时、足额入库。《税收征管法》对纳税人、扣缴义务人和税务机关在税款征收、缴纳过程中的权利、义务作了具体规定。

税务机关依照法律、行政法规的规定征收税款，不得违反法律、行政法规的规定开征、停征、多征或者少征税款。税款的代征，依照法律、行政法规的规定执行，扣缴义务人依法履行代扣。代收税款义务时，纳税人不得拒绝。纳税人拒绝的，扣缴义务人应当及时报告税务机关处理。税务机关按照规定付给扣缴义务人代扣、代收手续费。

纳税人、扣缴义务人按照法律、行政法规规定或者税务机关依照法律、行政法规的规定确定的期限，缴纳或者解缴税款。纳税人因有特殊困难，不能近期缴纳税款的，经县以上税务局（分局）批准，可以延期缴纳税款，但最长不得超过五个月。纳税人、扣缴义务人未按

法定期限缴纳税款或者解缴税款的，税务机关除责令限期缴纳外，从滞纳税款之日起，按日加收滞纳税款 2‰的滞纳金。

纳税人可以依照法律、行政法规的规定向税务机关书面申请减、免税。减税、免税的申请须经法律、行政法规的规定的减税。免税审查批准机关审批；地方各级人民政府、各级人民政府主管部门违反法律、行政法规规定，擅自作出的减税、免税决定无效。

对未取得营业执照从事经营的单位和个人，税务机关有权核定其应纳税额，不缴纳的，税务机关可以扣押其价值相当于应纳税款的商品、货物。扣押后仍不缴纳的，经县以上税务局（分局）局长批准，拍卖所扣押的商品、货物，以拍卖所得抵缴税款。

税务机关有根据认为从事生产、经营的纳税人有逃避纳税义务行为的，可以责令限期缴纳税款，并可以责成纳税人提供纳税担保或采取税收保全措施。如果采取税收保全措施不当，使纳税人的合法利益遭受损失的，税务机关应当承担赔偿责任。

对从事生产、经营的纳税人、扣缴义务人未按照规定的期限缴纳或者解缴税款，纳税担保人未按照规定的期限缴纳所担保的税款，由税务机关责令限期缴纳，逾期仍未缴纳的，经县以上税务局（分局）批准，税务机关可以采取强制执行措施。

纳税人、扣缴义务人未缴或少缴税款的，税务机关在 3 年内可以追征，有特殊情况的，追征期可以延长到 10 年。

纳税人超过应纳税额缴纳的税款，税务机关发现后应当立即退还；纳税人自结算缴纳税款之日起 3 年内发现的，可以向税务机关要求退还，税务机关查实后应当立即退还。

（四）税务检查

税务检查是税务机关依法对纳税人、扣缴义务人履行的纳税义务和代扣代缴、代收代缴税款义务的情况进行监督检查。依照《税收征管法》的规定，税务机关有权进行税务检查。纳税人扣缴义务人必须接受税务机关依法进行的税务检查，如实反映情况，提供有关资料，不得拒绝、隐瞒。

税务机关依法进行税务检查时，有关部门和单位应当支持、协助，向税务机关如实反映纳税人、扣缴义务人和其他当事人的与纳税或者代扣代缴、代收代缴税款有关的情况，提供有关资料及证明材料。税务机关有责任为被检查人保守秘密。

税务机关调查税务违法案件时，对与案件有关的情况和资料，可以记录、录音、照像和复制。

（五）法律责任

中国税法为了保障税收权利的顺利实现和税收义务的严格履行，还对各种违反税法的行为规定了相应的法律责任。按照《税收征管法》的规定，对违反税法的纳税人，应当根据其行为的性质、情节和危害程度，追究其经济责任、行政责任和刑事责任。

关于税收违法行为，《税收征管法》及其实施细则规定了明确的制裁措施。1997 年 3 月 14 日修订后公布的《刑法》，则设专节“危害税收征管罪”规定了各种税收犯罪行为应受到的刑罚。根据《税收征管法》及其实施细则和《刑法》，应受到法律制裁的税收违法行为主要有以下几种：

1、违反税务管理的行为。包括：未按照规定的期限申报办理税务登记、变更或者注销登记的；未按照规定设置、保管账簿或者保管记账凭证和有关资料的；未按照规定将财务、会计制度或者财务、会计处理办法报送税务机关备查的；纳税人未按照规定的期限办理纳税申报的，或者是扣缴义务人未按照规定的期限向税务机关报送代扣代缴、代收代缴税款报告表的。

2、偷税行为。纳税人采取伪造、变造、隐匿，擅自销毁账簿、记账凭证，在账簿上多列支出或者不列、少列收入，或者进行虚假的纳税申报，不缴或者少缴应纳税款的，即构成偷税。

3、骗税行为，企业事业单位采取对所生产或者经营的商品假报出口等欺骗手段的，骗取国家出口退税款的，是骗税。

4、抗税行为。以暴力、威胁方法拒不缴纳税款的，是抗税。

5、违反增值税专用发票管理的行为。包括：虚开增值税专用发票，伪造或者出售伪造的增值税专用发票，非法出售增值税专用发票，非法购买增值税专用发票或者购买伪造的增值税专用发票、盗窃增值税专用发票等。

6、税务人员违反税收征管的行为。包括：税务人员与纳税人、扣缴义务人勾结、唆使或者协助纳税人、扣缴义务人实施上述违法行为；税务人员利用职务上人便利，收受或者索取纳税人、扣缴义务人财物；税务人员玩忽职守，不征或者少征应征税款；税务人员违反法律、行政法规的规定，擅自决定税收的开征，停征或者减税、免税、退税、补税。

（六）税务争议

税务争议包括纳税人、扣缴义务人，纳税担保人同税务机关在纳税上发生的争议和当事人对税务机关的处罚决定，强制执行措施或者税收保全措施不服发生的争议。

纳税人、扣缴义务人、纳税担保人同税务机关在纳税上发生争议，必须先依照法律、行政法规的规定缴纳或者解缴税款及滞纳金，然后可以在收到税务机关填发的缴款凭证之日起

60 日内向上一级税务机关申请复议。上一级税务机关应当自收到复议申请之日起 60 日内作出决定。对复议决定不服的，可以在接到复议决定书之日起 15 日内向人民法院起诉。

当事人对税务机关的处罚决定，强制执行措施或者税收保全措施不服的，可以在接到处罚通知之日起或者税务机关采取强制执行措施、税收保全措施之日起 15 日内向作出处罚决定或者采取强制执行措施、税收保全措施的机关的上一级机关申请复议；对复议决定不服的，可以在接到复议决定之日起 15 日内向人民法院起诉。当事人可以在接到处罚通知之日起或者税务机关采取强制执行措施、税收保全措施之日起 15 日内直接向人民法院起诉。复议和诉讼期间，强制执行措施和税收保全措施不停止执行。

当事人对税务机关的处罚决定逾期不申请或者不向人民法院起诉、又不履行的，作出处罚决定的税务机关可以申请人民法院强制执行。

第十二节　自然资源法

自然资源是在一定时间和一定条件下，能产生经济效益，以提高人类当前和未来福利的自然因素和条件。自然资源是客观存在的自然要素，而人类的主观能动性会对以有限性为特征的自然资源产生一定的影响。中国虽然国土辽阔，矿藏丰富，但是，人均耕地面积少，森林覆盖率低，草原沙化严重，水资源的人均占有量也大大低于世界平均水平，矿产资源中贫矿及共生、伴生矿较多等，且许多矿产采后都不能复生。所以，自然资源并非是取之不尽，用之不竭的。

自然资源法是指调整在开发、利用、保护和管理自然资源过程中所发生的各种社会关系的法律规范的总称。中国制定了一系列有关自然资源的法律、法规，包括《土地管理法》、《森林法》、《草原法》、《水法》、《水土保持法》、《渔业法》、《野生动物保护法》和《矿产资源法》等。国务院还制订了相应的实施条例、细则和重要规定，各地还有许多有关的地方性法规。

二、森林法

森林法是调整在森林以及林木管理、保护、采伐、森林资源的合理利用和森林营造过程中所发生的各种社会关系的法律规范的总称。《中华人民共和国森林法》于 1984 年 9 月 20 日第 6 届全国人民代表大会常务委员会第 7 次会议通过，根据 1998 年 4 月 29 日第 9 届全国人民代表大会常务委员会第 2 次会议《关于修改〈中华人民共和国森林法〉的决定》修正，共 7 章 49 条。

关于森林的所有权，《森林法》规定，森林资源属于国家所有，由法律规定属于集体所有的除外。国家所有的和集体所有的森林、林木和林地，个人所有的林木和使用的林地，由县级以上地方人民政府登记造册，发放证书，确认所有权或者使用权。国务院可以授权国务院林业主管部门，对国务院确定的国家所有的重点林区的森林、林木和林地登记造册，发放证书，并通知有关地方人民政府。森林、林木、林地的所有者和使用者的合法权益，受法律保护，任何单位和个人不得侵犯（第 3 条）。

森林分为以下 5 类：（一）防护林：以防护为主要目的的森林、林木和灌木丛，包括水源涵养林，水土保持林，防风固沙林，农田、牧场防护林，护岸林，护路林；（二）用材林：以生产木材为主要目的的森林和林木，包括以生产竹材为主要目的的竹林；（三）经济林：以生产果品，食用油料、饮料、调料，工业原料和药材等为主要目的的林木；（四）薪炭林：以生产燃料为主要目的的林木；（五）特种用途林：以国防、环境保护、科学实验等为主要目的的森林和林木，包括国防林、实验林、母树林、环境保护林、风景林，名胜古迹和革命纪念地的林木，自然保护区的森林（第 4 条）。

国家对森林资源实行以下保护性措施：（一）对森林实行限额采伐，鼓励植树造林、封山育林，扩大森林覆盖面积；（二）根据国家和地方人民政府有关规定，对集体和个人造林、育林给予经济扶持或者长期贷款；（三）提倡木材综合利用和节约使用木材，鼓励开发、利用木材代用品；（四）征收育林费，专门用于造林育林；（五）煤炭、造纸等部门，按照煤炭和木浆纸张等产品的产量提取一定数额的资金，专门用于营造坑木、造纸等用材林；（六）建立林业基金制度。国家设立森林生态效益补偿基金，用于提供生态效益的防护林和特种用途林的森林资源、林木的营造、抚育、保护和管理。森林生态效益补偿基金必须专款专用，不得挪作他用（第 8 条）。

下列森林、林木、林地使用权可以依法转让，也可以依法作价入股或者作为合资、合作造林、经营林木的出资、合作条件，但不得将林地改为非林地：（一）用材林、经济林、薪炭林；（二）用材林、经济林、薪炭林的林地使用权；（三）用材林、经济林、薪炭林的采伐迹地、火烧迹地的林地使用权；（四）国务院规定的其他森林、林木和其他林地使用权。

依照前款规定转让、作价入股或者作为合资、合作造林、经营林木的出资、合作条件的，已经取得的林木采伐许可证可以同时转让，同时转让双方都必须遵守本法关于森林、林木采伐和更新造林的规定。除本条第一款规定的情形外，其他森林、林木和其他林地使用权不得转让（第 15 条）。

地方各级人民政府应当组织有关部门建立护林组织，负责护林工作；根据实际需要在大面积林区增加护林设施，加强森林保护；督促有林的和林区的基层单位，订立护林公约，组织群众护林，划定护林责任区，配备专职或者兼职护林员。护林员可以由县级或者乡级人民政府委任。护林员的主要职责是：巡护森林，制止破坏森林资源的行为。对造成森林资源破坏的，护林员有权要求当地有关部门处理（第 19 条）。依照国家有关规定在林区设立的森林公安机关，负责维护辖区社会治安秩序，保护辖区内的森林资源，并可以依照本法规定，在国务院林业主管部门授权的范围内，代行本法规定的行政处罚权。武装森林警察部队执行国家赋予的预防和扑救森林火灾的任务（第 20 条）。

地方各级人民政府应当切实做好森林火灾的预防和扑救工作：（一）规定森林防火期，在森林防火期内，禁止在林区野外用火；因特殊情况需要用火的，必须经过县级人民政府或者县级人民政府授权的机关批准；（二）在林区设置防火设施；（三）发生森林火灾，必须立即组织当地军民和有关部门扑救；（四）因扑救森林火灾负伤、致残、牺牲的，国家职工由所在单位给予医疗、抚恤；非国家职工由起火单位按照国务院有关主管部门的规定给予医疗、抚恤，起火单位对起火没有责任或者确实无力负担的，由当地人民政府给予医疗、抚恤（第 21 条）。

各级林业主管部门负责组织森林病虫害防治工作。林业主管部门负责规定林木种苗的检疫对象，划定疫区和保护区，对林木种苗进行检疫（第 22 条）。

各级人民政府应当制定植树造林规划，因地制宜地确定本地区提高森林覆盖率的奋斗目标。各级人民政府应当组织各行各业和城乡居民完成植树造林规划确定的任务。宜林荒山荒地，属于国家所有的，由林业主管部门和其他主管部门组织造林；属于集体所有的，由集体经济组织组织造林。铁路公路两旁、江河两侧、湖泊水库周围，由各有关主管单位因地制宜地组织造林；工矿区，机关、学校用地，部队营区以及农场、牧场、渔场经营地区，由各该单位负责造林。国家所有和集体所有的宜林荒山荒地可以由集体或者个人承包造林（第 26 条）。

国有企业事业单位、机关、团体、部队营造的林木，由营造单位经营并按照国家规定支配林木收益。集体所有制单位营造的林木，归该单位所有。农村居民在房前屋后、自留地、

自留山种植的林木，归个人所有。城镇居民和职工在自有房屋的庭院内种植的林木，归个人所有。集体或者个人承包国家所有和集体所有的宜林荒山荒地造林的，承包后种植的林木归承包的集体或者个人所有；承包合同另有规定的，按照承包合同的规定执行（第 27 条）。新造幼林地和其他必须封山育林的地方，由当地人民政府组织封山育林（第 28 条）。

国家根据用材林的消耗量低于生长量的原则，严格控制森林年采伐量。国家所有的森林和林木以国有林业企业事业单位、农场、厂矿为单位，集体所有的森林和林木、个人所有的林木以县为单位，制定年采伐限额，由省、自治区、直辖市林业主管部门汇总，经同级人民政府审核后，报国务院批准（第 29 条）。国家制定统一的年度木材生产计划。年度木材生产计划不得超过批准的年采伐限额。计划管理的范围由国务院规定（第 30 条）。

采伐森林和林木必须遵守下列规定：（一）成熟的用材林应当根据不同情况，分别采取择伐、皆伐和渐伐方式，皆伐应当严格控制，并在采伐的当年或者次年内完成更新造林；（二）防护林和特种用途林中的国防林、母树林、环境保护林、风景林，只准进行抚育和更新性质的采伐；（三）特种用途林中的名胜古迹和革命纪念地的林木、自然保护区的森林，严禁采伐（第 31 条）。

采伐林木必须申请采伐许可证，按许可证的规定进行采伐；农村居民采伐自留地和房前屋后个人所有的零星林木除外。国有林业企业事业单位、机关、团体、部队、学校和其他国有企业事业单位采伐林木，由所在地县级以上林业主管部门依照有关规定审核发放采伐许可证。铁路、公路的护路林和城镇林木的更新采伐，由有关主管部门依照有关规定审核发放采伐许可证。农村集体经济组织采伐林木，由县级林业主管部门依照有关规定审核发放采伐许可证。农村居民采伐自留山和个人承包集体的林木，由县级林业主管部门或者其委托的乡、镇人民政府依照有关规定审核发放采伐许可证。采伐以生产竹材为主要目的的竹林，适用以上各款规定（第 32 条）。

国家禁止、限制出口珍贵树木及其制品、衍生物。禁止、限制出口的珍贵树木及其制品、衍生物的名录和年度限制出口总量，由国务院林业主管部门会同国务院有关部门制定，报国务院批准。出口前款规定限制出口的珍贵树木或者其制品、衍生物的，必须经出口人所在地省、自治区、直辖市人民政府林业主管部门审核，报国务院林业主管部门批准，海关凭国务院林业主管部门的批准文件放行。进出口的树木或者其制品、衍生物属于中国参加的国际公约限制进出口的濒危物种的，并必须向国家濒危物种进出口管理机构申请办理允许进出口证明书，海关并凭允许进出口证明书放行（第 38 条）。

中国《森林法》对违反森林保护规定的人，规定了具体的行政处分，行政处罚和刑事责任。有以下行为之一者，可依法给予行政处分：超过批准的年采伐限额发放林木采伐许可证的直接责任人员（第 41 条）；超越职权发放林木采伐许可证的直接责任人员（第 41 条）；采伐后未按规定完成成更新造林任务，情节严重的直接责任人员（第 45 条）；在森林病虫害防治以及森林防火工作中有失职行为的国家工作人员。

根据中国《森林法》有关规定，有以下行为之一者，可分别处以或并处责令赔偿损失、责令补种树木、责令限期更新新造林，没收违法所得、警告、罚款乃至拘留：盗伐、滥伐森林或者其他林木，情节轻微的（第 39 条）；伪造或者倒卖林木采伐许可证、木材运输证件的（第 42 条）；采伐林木的单位或个人，没有按照规定完成更新造林任务，情节严重的（第 45 条）；进行开垦、采石、采砂、采土、采种、采脂和其他活动，致使森林、林木受到毁坏的（第 44 条）；违反森林病虫害防治规定，造成森林病虫害蔓延成灾的；违反森林防火规定的。

有以下行为之一者，构成犯罪的，依法追究刑事责任：非法采伐、毁坏珍贵树木的（第 40 条）；盗伐、滥伐森林或其他林木，数量较大或巨大的（第 39 条）；伪造，非法买卖林木采伐许可证、木材运输证件、批准出口文件、允许出口证明书的（第 42 条）；在林区非法收购明知是盗伐、滥伐的林木，情节严重的（第 43 条）；盗伐、滥伐国家自然保护区内的森林或其他林木的，从重处罚（）；林业主管部门的工作人员违反森林法的规定，滥用职权，超过批准的年采伐限额发放林木采伐许可证或者违反规定滥发林木采伐许可证，情节严重，致使森林遭受严重破坏的。

三、草原法

草原法是指调整在管理、保护、建设和利用草原过程中所发生的各种社会关系的法律规范的总称。草原法是资源与行业管理相结合的法律，不仅包括了调整草原这种自然资源的各种法律规范，也包含了调整牧业这一产业活动的各种法律规范。中国《草原法》于 1985 年 6 月 18 日第 6 届全国人民代表大会常务委员会第 11 次会议通过，2002 年 12 月 28 日第 9 届全国人民代表大会常务委员会第 31 次会议修订。

《草原法》规定了草原的权属和使用。草原属于国家所有，由法律规定属于集体所有的除外。国家所有的草原，由国务院代表国家行使所有权。任何单位或者个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让草原（第 9 条）。国家所有的草原，可以依法确定给全民所有制单

位、集体经济组织等使用。使用草原的单位，应当履行保护、建设和合理利用草原的义务（第 11 条）。依法确定给全民所有制单位、集体经济组织等使用的国家所有的草原，由县级以上人民政府登记，核发使用权证，确认草原使用权。未确定使用权的国家所有的草原，由县级以上人民政府登记造册，并负责保护管理。集体所有的草原，由县级人民政府登记，核发所有权证，确认草原所有权。依法改变草原权属的，应当办理草原权属变更登记手续（第 11 条）。依法登记的草原所有权和使用权受法律保护，任何单位或者个人不得侵犯（第 12 条）。

集体所有的草原或者依法确定给集体经济组织使用的国家所有的草原，可以由本集体经济组织内的家庭或者联户承包经营。在草原承包经营期内，不得对承包经营者使用的草原进行调整；个别确需适当调整的，必须经本集体经济组织成员的村（牧）民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村（牧）民代表的同意，并报乡（镇）人民政府和县级人民政府草原行政主管部门批准。集体所有的草原或者依法确定给集体经济组织使用的国家所有的草原由本集体经济组织以外的单位或者个人承包经营的，必须经本集体经济组织成员的村（牧）民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村（牧）民代表的同意，并报乡（镇）人民政府批准（第 13 条）。

承包经营草原，发包方和承包方应当签订书面合同。草原承包合同的内容应当包括双方的权利和义务、承包草原四至界限、面积和等级、承包期和起止日期、承包草原用途和违约责任等。承包期届满，原承包经营者在同等条件下享有优先承包权。承包经营草原的单位和个人，应当履行保护、建设和按照承包合同约定的用途合理利用草原的义务（第 14 条）。

草原承包经营权受法律保护，可以按照自愿、有偿的原则依法转让。草原承包经营权转让的受让方必须具有从事畜牧业生产的能力，并应当履行保护、建设和按照承包合同约定的用途合理利用草原的义务。草原承包经营权转让应当经发包方同意。承包方与受让方在转让合同中约定的转让期限，不得超过原承包合同剩余的期限（第 15 条）。

草原所有权、使用权的争议，由当事人协商解决；协商不成的，由有关人民政府处理。单位之间的争议，由县级以上人民政府处理；个人之间、个人与单位之间的争议，由乡（镇）人民政府或者县级以上人民政府处理。当事人对有关人民政府的处理决定不服的，可以依法向人民法院起诉。在草原权属争议解决前，任何一方不得改变草原利用现状，不得破坏草原和草原上的设施（第 16 条）。

国家对草原保护、建设、利用实行统一规划制度。国务院草原行政主管部门会同国务院有关部门编制全国草原保护、建设、利用规划，报国务院批准后实施。县级以上地方人民政

府草原行政主管部门会同同级有关部门依据上一级草原保护、建设、利用规划编制本行政区域的草原保护、建设、利用规划，报本级人民政府批准后实施。经批准的草原保护、建设、利用规划确需调整或者修改时，须经原批准机关批准（第 17 条）。编制草原保护、建设、利用规划，应当依据国民经济和社会发展规划并遵循下列原则：（一）改善生态环境，维护生物多样性，促进草原的可持续利用；（二）以现有草原为基础，因地制宜，统筹规划，分类指导；（三）保护为主、加强建设、分批改良、合理利用；（四）生态效益、经济效益、社会效益相结合（第 18 条）。

草原保护、建设、利用规划应当包括：草原保护、建设、利用的目标和措施，草原功能分区和各项建设的总体部署，各项专业规划等（第 18 条）。草原保护、建设、利用规划应当与土地利用总体规划相衔接，与环境保护规划、水土保持规划、防沙治沙规划、水资源规划、林业长远规划、城市总体规划、村庄和集镇规划以及其他有关规划相协调（第 19 条）。草原保护、建设、利用规划一经批准，必须严格执行（第 20 条）。

《草原法》规定了草原建设内容。县级以上人民政府应当增加草原建设的投入，支持草原建设。国家鼓励单位和个人投资建设草原，按照谁投资、谁受益的原则保护草原投资建设者的合法权益（第 26 条）。国家鼓励与支持人工草地建设、天然草原改良和饲草饲料基地建设，稳定和提高草原生产能力（第 27 条）。县级以上人民政府应当支持、鼓励和引导农牧民开展草原围栏、饲草饲料储备、牲畜圈舍、牧民定居点等生产生活设施的建设。县级以上地方人民政府应当支持草原水利设施建设，发展草原节水灌溉，改善人畜饮水条件（第 28 条）。县级以上人民政府应当按照草原保护、建设、利用规划加强草种基地建设，鼓励选育、引进、推广优良草品种。新草品种必须经全国草品种审定委员会审定，由国务院草原行政主管部门公告后方可推广。从境外引进草种必须依法进行审批。县级以上人民政府草原行政主管部门应当依法加强对草种生产、加工、检疫、检验的监督管理，保证草种质量（第 29 条）。

县级以上人民政府应当有计划地进行火情监测、防火物资储备、防火隔离带等草原防火设施的建设，确保防火需要（第 30 条）。对退化、沙化、盐碱化、石漠化和水土流失的草原，地方各级人民政府应当按照草原保护、建设、利用规划，划定治理区，组织专项治理。大规模的草原综合治理，列入国家国土整治计划（第 31 条）。县级以上人民政府应当根据草原保护、建设、利用规划，在本级国民经济和社会发展计划中安排资金用于草原改良、人工种草和草种生产，任何单位或者个人不得截留、挪用；县级以上人民政府财政部门和审计部门应当加强监督管理（第 32 条）。

有关草原的利用，《草原法》规定，草原承包经营者应当合理利用草原，不得超过草原行政主管部门核定的载畜量；草原承包经营者应当采取种植和储备饲草饲料、增加饲草饲料供应量、调剂处理牲畜、优化畜群结构、提高出栏率等措施，保持草畜平衡（第 33 条）。牧区的草原承包经营者应当实行划区轮牧，合理配置畜群，均衡利用草原（第 34 条）。国家提倡在农区、半农半牧区和有条件的牧区实行牲畜圈养。草原承包经营者应当按照饲养牲畜的种类和数量，调剂、储备饲草饲料，采用青贮和饲草饲料加工等新技术，逐步改变依赖天然草地放牧的生产方式。在草原禁牧、休牧、轮牧区，国家对实行舍饲圈养的给予粮食和资金补助（第 35 条）。

县级以上地方人民政府草原行政主管部门对割草场和野生草种基地应当规定合理的割草期、采种期以及留茬高度和采割强度，实行轮割轮采（第 36 条）。

遇到自然灾害等特殊情况，需要临时调剂使用草原的，按照自愿互利的原则，由双方协商解决；需要跨县临时调剂使用草原的，由有关县级人民政府或者共同的上级人民政府组织协商解决（第 37 条）。

进行矿藏开采和工程建设，应当不占或者少占草原；确需征用或者使用草原的，必须经省级以上人民政府草原行政主管部门审核同意后，依照有关土地管理的法律、行政法规办理建设用地审批手续（第 38 条）。

因建设征用集体所有的草原的，应当依照《中华人民共和国土地管理法》的规定给予补偿；因建设使用国家所有的草原的，应当依照国务院有关规定对草原承包经营者给予补偿。因建设征用或者使用草原的，应当交纳草原植被恢复费。草原植被恢复费专款专用，由草原行政主管部门按照规定用于恢复草原植被，任何单位和个人不得截留、挪用（第 39 条）。

需要临时占用草原的，应当经县级以上地方人民政府草原行政主管部门审核同意。临时占用草原的期限不得超过 2 年，并不得在临时占用的草原上修建永久性建筑物、构筑物；占用期满，用地单位必须恢复草原植被并及时退还（第 40 条）。在草原上修建直接为草原保护和畜牧业生产服务的工程设施，需要使用草原的，由县级以上人民政府草原行政主管部门批准；修筑其他工程，需要将草原转为非畜牧业生产用地的，必须依法办理建设用地审批手续。前款所称直接为草原保护和畜牧业生产服务的工程设施，是指：（一）生产、贮存草种和饲草饲料的设施；（二）牲畜圈舍、配种点、剪毛点、药浴池、人畜饮水设施；（三）科研、试验、示范基地；（四）草原防火和灌溉设施（第 41 条）。

《草原法》规定了草原保护制度。下列草原应当划为基本草原，实施严格管理：（一）重要放牧场；（二）割草地；（三）用于畜牧业生产的人工草地、退耕还草地以及改良草

地、草种基地；（四）对调节气候、涵养水源、保持水土、防风固沙具有特殊作用的草原；（五）作为国家重点保护野生动植物生存环境的草原；（六）草原科研、教学试验基地；（七）国务院规定应当划为基本草原的其他草原（第 42 条）。

国务院草原行政主管部门或者省、自治区、直辖市人民政府可以按照自然保护区管理的有关规定在下列地区建立草原自然保护区：（一）具有代表性的草原类型；（二）珍稀濒危野生动植物分布区；（三）具有重要生态功能和经济科研价值的草原（第 43 条）。

县级以上人民政府应当依法加强对草原珍稀濒危野生植物和种质资源的保护、管理（第 44 条）。国家对草原实行以草定畜、草畜平衡制度。县级以上地方人民政府草原行政主管部门应当按照国务院草原行政主管部门制定的草原载畜量标准，结合当地实际情况，定期核定草原载畜量。各级人民政府应当采取有效措施，防止超载过牧（第 45 条）。

禁止开垦草原。对水土流失严重、有沙化趋势、需要改善生态环境的已垦草原，应当有计划、有步骤地退耕还草；已造成沙化、盐碱化、石漠化的，应当限期治理（第 46 条）。对严重退化、沙化、盐碱化、石漠化的草原和生态脆弱区的草原，实行禁牧、休牧制度（第 47 条）。国家支持依法实行退耕还草和禁牧、休牧。对在国务院批准规划范围内实施退耕还草的农牧民，按照国家规定给予粮食、现金、草种费补助。退耕还草完成后，由县级以上人民政府草原行政主管部门核实登记，依法履行土地用途变更手续，发放草原权属证书（第 48 条）。

禁止在荒漠、半荒漠和严重退化、沙化、盐碱化、石漠化、水土流失的草原以及生态脆弱区的草原上采挖植物和从事破坏草原植被的其他活动（第 49 条）。在草原上从事采土、采砂、采石等作业活动，应当报县级人民政府草原行政主管部门批准；开采矿产资源的，并应当依法办理有关手续。经批准在草原上从事本条第一款所列活动的，应当在规定的时间、区域内，按照准许的采挖方式作业，并采取保护草原植被的措施。在他人使用的草原上从事本条第一款所列活动的，还应当事先征得草原使用者的同意（第 50 条）。

在草原上种植牧草或者饲料作物，应当符合草原保护、建设、利用规划；县级以上地方人民政府草原行政主管部门应当加强监督管理，防止草原沙化和水土流失（第 51 条）。在草原上开展经营性旅游活动，应当符合有关草原保护、建设、利用规划，并事先征得县级以上地方人民政府草原行政主管部门的同意，方可办理有关手续。在草原上开展经营性旅游活动，不得侵犯草原所有者、使用者和承包经营者的合法权益，不得破坏草原植被（第 52 条）。

草原防火工作贯彻预防为主、防消结合的方针。各级人民政府应当建立草原防火责任制，规定草原防火期，制定草原防火扑火预案，切实做好草原火灾的预防和扑救工作（第53条）。县级以上地方人民政府应当做好草原鼠害、病虫害和毒害草防治的组织管理工作。县级以上地方人民政府草原行政主管部门应当采取措施，加强草原鼠害、病虫害和毒害草监测预警、调查以及防治工作，组织研究和推广综合防治的办法。禁止在草原上使用剧毒、高残留以及可能导致二次中毒的农药（第54条）。除抢险救灾和牧民搬迁的机动车辆外，禁止机动车辆离开道路在草原上行驶，破坏草原植被；因从事地质勘探、科学考察等活动确需离开道路在草原上行驶的，应当向县级人民政府草原行政主管部门提交行驶区域和行驶路线方案，经确认后执行（第55条）。

《草原法》规定了各类违反法律的责任。草原行政主管部门工作人员及其他国家机关有关工作人员玩忽职守、滥用职权，不依法履行监督管理职责，或者发现违法行为不予查处，造成严重后果，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不够刑事处罚的，依法给予行政处分（第61条）。

截留、挪用草原改良、人工种草和草种生产资金或者草原植被恢复费，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不够刑事处罚的，依法给予行政处分（第62条）。

无权批准征用、使用草原的单位或者个人非法批准征用、使用草原的，超越批准权限非法批准征用、使用草原的，或者违反法律规定的程序批准征用、使用草原，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不够刑事处罚的，依法给予行政处分。非法批准征用、使用草原的文件无效。非法批准征用、使用的草原应当收回，当事人拒不归还的，以非法使用草原论处。非法批准征用、使用草原，给当事人造成损失的，依法承担赔偿责任（第63条）。

买卖或者以其他形式非法转让草原，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不够刑事处罚的，由县级以上人民政府草原行政主管部门依据职权责令限期改正，没收违法所得，并处违法所得1倍以上5倍以下的罚款（第64条）。

未经批准或者采取欺骗手段骗取批准，非法使用草原，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不够刑事处罚的，由县级以上人民政府草原行政主管部门依据职权责令退还非法使用的草原，对违反草原保护、建设、利用规划擅自将草原改为建设用地的，限期拆除在非法使用的草原上新建的建筑物和其他设施，恢复草原植被，并处草原被非法使用前3年平均产值6倍以上12倍以下的罚款（第65条）。

非法开垦草原，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不够刑事处罚的，由县级以上人民政府草原行政主管部门依据职权责令停止违法行为，限期恢复植被，没收非法财物和违法所

得，并处违法所得1倍以上5倍以下的罚款；没有违法所得的，并处5万元以下的罚款；给草原所有者或者使用者造成损失的，依法承担赔偿责任（第66条）。

在荒漠、半荒漠和严重退化、沙化、盐碱化、石漠化、水土流失的草原，以及生态脆弱区的草原上采挖植物或者从事破坏草原植被的其他活动的，由县级以上地方人民政府草原行政主管部门依据职权责令停止违法行为，没收非法财物和违法所得，可以并处违法所得1倍以上5倍以下的罚款；没有违法所得的，可以并处5万元以下的罚款；给草原所有者或者使用者造成损失的，依法承担赔偿责任（第67条）。

未经批准或者未按照规定的时间、区域和采挖方式在草原上进行采土、采砂、采石等活动的，由县级人民政府草原行政主管部门责令停止违法行为，限期恢复植被，没收非法财物和违法所得，可以并处违法所得1倍以上2倍以下的罚款；没有违法所得的，可以并处2万元以下的罚款；给草原所有者或者使用者造成损失的，依法承担赔偿责任（第68条）。

擅自在草原上开展经营性旅游活动，破坏草原植被的，由县级以上地方人民政府草原行政主管部门依据职权责令停止违法行为，限期恢复植被，没收违法所得，可以并处违法所得1倍以上2倍以下的罚款；没有违法所得的，可以并处草原被破坏前3年平均产值6倍以上12倍以下的罚款；给草原所有者或者使用者造成损失的，依法承担赔偿责任（第69条）。

非抢险救灾和牧民搬迁的机动车辆离开道路在草原上行驶或者从事地质勘探、科学考察等活动未按照确认的行驶区域和行驶路线在草原上行驶，破坏草原植被的，由县级人民政府草原行政主管部门责令停止违法行为，限期恢复植被，可以并处草原被破坏前3年平均产值3倍以上9倍以下的罚款；给草原所有者或者使用者造成损失的，依法承担赔偿责任（第70条）。

四、矿产资源法

矿产资源法是指调整在管理、保护、勘查、开采矿产资源过程中所发生的各种社会关系的法律规范的总称。

（一）矿产资源开采的监督管理

合理开采。矿产资源法规定，开采矿产资源，必须采取合理的开采顺序、开采办法和选矿工艺，使开采回采率、采矿贫化率和选矿回收率达到设计要求。

综合开采。在开采主要矿产的同时，对具有工业价值的共生和伴生矿产应当统一规划，综合开采，综合利用，防止浪费。

储量开采。矿产储量的管理对矿产资源的开采、矿山建设、矿井或矿山的关闭等都有非常重要的意义，所以它也是矿山管理中的基本内容。

其他管理。开采矿产资源，还必须遵守国家劳动安全、节约用地、卫生等的各项有关规定。开采矿产资源，必须遵守有关环境保护的法律规定，防止污染环境。

（二）违反矿产资源法的法律责任

民事责任。开采矿产资源，必须遵守有关环境保护的法律规定，防止污染环境。开采矿产资源，应当节约用地。耕地、草原、林地因采矿受到破坏的，矿山企业应当因地制宜地采取复垦利用、植树种草或者其他利用措施。开采矿产资源给他人生产、生活造成损失的，应当负责赔偿，并采取必要的补救措施（第 32 条）。

行政责任。对违反矿产资源保护的法律、法规开采矿产资源的，可由地质矿产主管部门根据违法情况给予责令停止开采、赔偿损失、没收采出的矿产品和违法所得、吊销许可证、罚款等形式的行政处罚（第 45 条）。

刑事责任。对于违反矿产资源法的规定，未取得采矿许可证擅自采矿的，擅自进入国家规划矿区、对国民经济具有重要价值的矿区范围采矿的，擅自开采国家规定实行保护性开采的特定矿种的，责令停止开采、赔偿损失，没收采出的矿产品和违法所得，可以并处罚款；拒不停止开采，造成矿产资源破坏的，依照刑法第 156 条的规定对直接责任人员追究刑事责任（第 39 条）。

对于违反矿产资源法的规定，采取破坏性的开采方法开采矿产资源的，处以罚款，可以吊销采矿许可证；造成矿产资源严重破坏的，依照刑法第 156 条的规定对直接责任人员追究刑事责任（第 44 条）。

负责矿产资源勘查、开采监督管理工作的国家工作人员和其他有关国家工作人员徇私舞弊、滥用职权或者玩忽职守，违反本法规定批准勘查、开采矿产资源和颁发勘查许可证、采矿许可证，或者对违法采矿行为不依法予以制止、处罚，构成犯罪的，依法追究刑事责任；不构成犯罪的，给予行政处分。违法颁发的勘查许可证、采矿许可证，上级人民政府地质矿产主管部门有权予以撤销（第 47 条）。

五、水法

水法是调整关于水的开发、利用、管理、保护、除害过程中所发生的各种社会关系的法律规范的总称。2002 年 8 月 29 日第 9 届全国人民代表大会常务委员会第 29 次会议通过的

《水法》的内容主要包括水权，水资源管理，水资源的开发、利用、保护及兴利除害等。其中既有政府行使职权的水事管理行政法律关系；也有各部门、各单位之间的平等协作关系，还有当事人之间的民事权益法律关系。

水资源属于国家所有。水资源的所有权由国务院代表国家行使。农村集体经济组织的水塘和由农村集体经济组织修建管理的水库中的水，归各该农村集体经济组织使用（第3条）。

国家对水资源实行流域管理与行政区域管理相结合的管理体制。国务院水行政主管部门负责全国水资源的统一管理和监督工作。国务院水行政主管部门在国家确定的重要江河、湖泊设立的流域管理机构，在所管辖的范围内行使法律、行政法规规定的和国务院水行政主管部门授予的水资源管理和监督职责。县级以上地方人民政府水行政主管部门按照规定的权限，负责本行政区域内水资源的统一管理和监督工作（第12条）。国务院有关部门按照职责分工，负责水资源开发、利用、节约和保护的有关工作。县级以上地方人民政府有关部门按照职责分工，负责本行政区域内水资源开发、利用、节约和保护的有关工作（第13条）。

国家制定全国水资源战略规划。开发、利用、节约、保护水资源和防治水害，应当按照流域、区域统一制定规划。规划分为流域规划和区域规划。流域规划包括流域综合规划和流域专业规划；区域规划包括区域综合规划和区域专业规划。前款所称综合规划，是指根据经济社会发展需要和水资源开发利用现状编制的开发、利用、节约、保护水资源和防治水害的总体部署。前款所称专业规划，是指防洪、治涝、灌溉、航运、供水、水力发电、竹木流放、渔业、水资源保护、水土保持、防沙治沙、节约用水等规划（第14条）。

流域范围内的区域规划应当服从流域规划，专业规划应当服从综合规划。流域综合规划和区域综合规划以及与土地利用关系密切的专业规划，应当与国民经济和社会发展规划以及土地利用总体规划、城市总体规划和环境保护规划相协调，兼顾各地区、各行业的需要（第15条）。制定规划，必须进行水资源综合科学考察和调查评价。水资源综合科学考察和调查评价，由县级以上人民政府水行政主管部门会同同级有关部门组织进行。县级以上人民政府应当加强水文、水资源信息系统建设。县级以上人民政府水行政主管部门和流域管理机构应当加强对水资源的动态监测。基本水文资料应当按照国家有关规定予以公开（第16条）。规划一经批准，必须严格执行。经批准的规划需要修改时，必须按照规划编制程序经原批准机关批准（第18条）。

建设水工程，必须符合流域综合规划。在国家确定的重要江河、湖泊和跨省、自治区、直辖市的江河、湖泊上建设水工程，其工程可行性研究报告报请批准前，有关流域管理机构应当对水工程的建设是否符合流域综合规划进行审查并签署意见；在其他江河、湖泊上建设水工程，其工程可行性研究报告报请批准前，县级以上地方人民政府水行政主管部门应当按照管理权限对水工程的建设是否符合流域综合规划进行审查并签署意见。水工程建设涉及防洪的，依照防洪法的有关规定执行；涉及其他地区和行业的，建设单位应当事先征求有关地区和部门的意见（第 19 条）。

开发、利用水资源，应当坚持兴利与除害相结合，兼顾上下游、左右岸和有关地区之间的利益，充分发挥水资源的综合效益，并服从防洪的总体安排（第 20 条）。开发、利用水资源，应当首先满足城乡居民生活用水，并兼顾农业、工业、生态环境用水以及航运等需要。在干旱和半干旱地区开发、利用水资源，应当充分考虑生态环境用水需要（第 21 条）。跨流域调水，应当进行全面规划和科学论证，统筹兼顾调出和调入流域的用水需要，防止对生态环境造成破坏（第 22 条）。地方各级人民政府应当结合本地区水资源的实际情况，按照地表水与地下水统一调度开发、开源与节流相结合、节流优先和污水处理再利用的原则，合理组织开发、综合利用水资源。国民经济和社会发展规划以及城市总体规划的编制、重大建设项目的布局，应当与当地水资源条件和防洪要求相适应，并进行科学论证；在水资源不足的地区，应当对城市规模和建设耗水量大的工业、农业和服务业项目加以限制（第 23 条）。

在水资源短缺的地区，国家鼓励对雨水和微咸水的收集、开发、利用和对海水的利用、淡化（第 24 条）。

违反水法的法律责任如下：

（一）公职人员的法律责任。水行政主管部门或者其他有关部门以及水工程管理单位及其工作人员，利用职务上的便利收取他人财物、其他好处或者玩忽职守，对不符合法定条件的单位或者个人核发许可证、签署审查同意意见，不按照水量分配方案分配水量，不按照国家有关规定收取水资源费，不履行监督职责，或者发现违法行为不予查处，造成严重后果，构成犯罪的，对负有责任的主管人员和其他直接责任人员依照刑法的有关规定追究刑事责任；尚不够刑事处罚的，依法给予行政处分（第 64 条）。

（二）违反水保护规定的法律责任

违反水法有关行洪和航运保护以及水域保护的规定，在江河、湖泊、水库、运河、渠道内弃置、堆放阻碍行洪的物体和种植阻碍行洪的林木及高秆作物的；围湖造地或者未经批准

围垦河道的，由县级以上地方人民政府水行政主管部门或者有关主管部门责令其停止违法行为，限期清除障碍或采取其他补救措施，而且可以并处罚款；对有关责任人员可由其所在单位或者上级主管部门给予行政处分（第 66 条）。

（三）违反水工程保护的法律责任。有下列行为之一，构成犯罪的，依照刑法的有关规定追究刑事责任；尚不够刑事处罚，且防洪法未作规定的，由县级以上地方人民政府水行政主管部门或者流域管理机构依据职权，责令停止违法行为，采取补救措施，处一万元以上五万元以下的罚款；违反治安管理处罚条例的，由公安机关依法给予治安管理处罚；给他人造成损失的，依法承担赔偿责任：侵占、毁坏水工程及堤防、护岸等有关设施，毁坏防汛、水文监测、水文地质监测设施的；在水工程保护范围内，从事影响水工程运行和危害水工程安全的爆破、打井、采石、取土等活动的（第 71 条）。

（四）违反防汛和抗洪规定的法律责任

《水法》明确规定了人民政府防汛和抗洪的职责；明确了防汛指挥机构及其职权；同时赋予了防汛指挥机构在紧急情况下行使的特别职权；并规定了防汛抗洪的社会义务。并明确规定在河道管理范围内建设妨碍行洪的建筑物、构筑物，或者从事影响河势稳定、危害河岸堤防安全和其他妨碍河道行洪的活动的，由县级以上人民政府水行政主管部门或者流域管理机构依据职权，责令停止违法行为，限期拆除违法建筑物、构筑物，恢复原状；逾期不拆除、不恢复原状的，强行拆除，所需费用由违法单位或者个人负担，并处 1 万元以上 10 万元以下的罚款。未经水行政主管部门或者流域管理机构同意，擅自修建水工程，或者建设桥梁、码头和其他拦河、跨河、临河建筑物、构筑物，铺设跨河管道、电缆，且防洪法未作规定的，由县级以上人民政府水行政主管部门或者流域管理机构依据职权，责令停止违法行为，限期补办有关手续；逾期不补办或者补办未被批准的，责令限期拆除违法建筑物、构筑物；逾期不拆除的，强行拆除，所需费用由违法单位或者个人负担，并处 1 万元以上 10 万元以下的罚款。虽经水行政主管部门或者流域管理机构同意，但未按照要求修建前款所列工程设施的，由县级以上人民政府水行政主管部门或者流域管理机构依据职权，责令限期改正，按照情节轻重，处 1 万元以上 10 万元以下的罚款（第 65 条）。

第十三节 环境法

环境法是一个新兴的重要法律部门，具有综合性、科学技术性、社会公益性的特点。环境法的体系是由宪法规范、环境保护基本法规范、环境保护单行法规范、环境标准、其他部门法中的相关规定以及中国参加或者缔结的国际环境法规范所组成的统一整体。环境法的这些规范体现了协调原则、预防为主、防治结合、综合治理原则、环境责任原则和公众参与原则。环境法的基本制度可以归纳为：环境影响评价制度、“三同时”制度、排污收费制度、许可证制度、限期治理制度、资源权属制度、资源规划和档案制度，以及资源有偿使用制度等。环境法律责任包括行政责任、民事责任和刑事责任 3 种。

一、概述

环境保护法是调整因保护和改善生活环境与生态环境，防治污染和其他公害而产生的社会关系的法律规范的总称。环境法的目的是通过防止自然环境破坏和环境污染来保护人类的生存环境，维护生态平衡，协调人类同自然的关系，保障人体健康，促进经济和社会的可持续发展。

1、环境法具有综合性。环境法的综合性，首先表现在其法律关系的主体广泛，客体丰富。环境法律关系主体不仅包括一般法律主体的公民、法人及其他组织，也包括国家乃至全人类，甚至包括尚未出生的后代人。环境法的保护对象相当广泛，包括自然环境要素、人为环境要素和整个地球的生物圈。如中国《环境保护法》第 2 条规定，环境是指影响人类生存和发展的各种天然的和经过人工改造的自然因素的总体，包括大气、水、海洋、土地、矿藏、森林、草原、湿地、野生生物、自然遗迹、人文遗迹、自然保护区、风景名胜区、城市和乡村等。其次，表现为环境法的调整手段与方法的综合性。环境法实际上采用的是一种综合运用各种法律规范的综合调控机制。它不仅运用诸如宪法、行政法、刑法等公法手段，也运用民商法等私法手段，甚至还可以适用国际法予以调整。

2、环境法涉及到科学技术问题。环境法的目的是通过调整一定领域的社会关系来协调人与自然的关系。这就决定了环境法必须体现自然规律特别是生态规律的要求，并把大量的技术规范、操作规程、环境标准、控制污染的各种工艺技术要求等包括在法律体系中。

环境法的科学技术性不仅体现在它需要已知的知识及其建议，而且对科学的不确定性也要做出反应。在立法实践中，对科学上有争议但对人类可能有不利影响的环境问题，确立了风险防范原则。环境法的这一特点告诉我们，法律虽然必须有现实基础，但是就环境问题对

人类及其生态环境的危害是不可逆的特点而言，环境法又必须在科学认识的基础上较传统法要有更多的灵活性及事前的预见性。

3、环境法具有社会公益性。环境法作为法，当然要反映占统治地位的阶级的意志，但它与阶级性和政治职能较强的一些立法如宪法、刑法等不同，它并非阶级矛盾不可调和的产物，而是人类与自然矛盾的产物。保护环境不仅仅对个别人或者少数人有益，而且是对整个社会乃至全人类的福祉。环境法主要关注的是社会公共利益和基本人权的保障，它反映全体社会成员的共同愿望和要求。

二、环境法的渊源

中国基本形成了以宪法性规范为基础，以环境保护基本法、污染防治法、自然保护和资源合理利用等一系列单行法律为主干，以及数量庞大的各种行政法规和具有规范性的环境标准为支干所组成的环境法体系。

（一）宪法关于环境保护的规定

宪法关于环境保护的规定是环境法的基础，是各种环境法律、法规和规章的立法依据。中国宪法（1982 年）对保护环境和自然资源作了一系列的规定。

《宪法》第 26 条规定，“国家保护和改善生活环境和生态环境，防治污染和其他公害”。第 9 条第 2 款规定，“国家保障自然资源的合理利用，保护珍贵的动物和植物。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏自然资源”。第 10 条第 5 款规定，“一切使用土地的组织和个人必须合理地利用土地”。第 9 条第 1 款、第 10 条关于矿藏、水流、山岭、草原、荒地、滩涂、土地等自然资源权属的规定等都直接跟环境保护相关。此外，第 22 条第 2 款对于名胜古迹、珍贵文物和其他重要历史文化遗产的保护也做了规定。

（二）环境保护基本法

所谓环境保护基本法，一般是对环境保护的重大问题做出基本的全面的综合性的规定，如对环境保护的目的、范围、方针、政策、基本原则、重要措施、管理制度、组织机构、法律责任等做出原则性规定。这种立法常常成为一个国家的其他单行环境法规的立法依据。

中国的环境保护基本法是 1989 年 12 月 26 日第 7 届全国人民代表大会常务委员会第 11 次会议通过，2014 年 4 月 24 日第 12 届全国人民代表大会常务委员会第 8 次会议修订的《环境保护法》。它对环境保护的目的及任务、保护对象、基本原则、基本制度、防治污染

与保护资源的基本法律义务、环境管理体制、公民的权利义务以及法律责任等重要问题都做了规定。

（三）环境保护单行法规

环境保护单行法规是针对特定的保护对象或者特定环境社会关系而进行专门调整的立法，是宪法和环境保护基本法的具体化，是进行环境管理、处理环境纠纷的直接依据。单行法规在环境法体系中数量最多，占有重要的地位。

1、污染防治法。现代环境法是从污染控制立法开始发展起来的。一般来说，污染控制法包括大气污染防治、水污染防治、噪声控制、废物处置、农药以及有毒化学品的控制与管理，还包括其他公害如震动、恶臭、放射形污染、电磁辐射、热污染、地面沉降等防治法。中国已经颁布的污染防治法律、法规主要有：《大气污染防治法》、《水污染防治法》及其实施细则、《海洋环境保护法》及其 6 个条例、《固体废弃物污染环境防治法》、《环境噪声污染防治法》、《淮河流域水污染防治暂行条例》、《放射性同位素与射线装置放射防护条例》、《民用核设施安全监督管理条例》、《农药管理条理例》、《化学危险品安全管理条例》等。

2、自然保护法。这类法律规范是以保护自然环境要素或者防止生物多样性破坏为目的，有关自然保护、野生动植物保护、水土保持、基因控制等的法律规定。中国的有关立法包括：《自然保护区条例》、《野生动物保护法》、《野生植物保护条例》、《水土保持法》、《防沙治沙法》、《农业转基因生物安全评价管理办法》等。

3、自然资源管理法。这类法律规范以合理开发、利用自然资源为目的，主要针对的不是保护环境要素，而是规范人类对自然资源的开发、利用行为，以减少不合理的开发利用造成的环境污染或者自然资源破坏，使自然资源能够通过法律的控制而得到永续利用，并且也间接地保护了环境。例如森林法、土地管理法、草原法、渔业法、节约能源法、矿产资源法，等等。由于这些法律同时也包含有保护与合理利用的条款，因此它们也属于环境法体系中的一个组成部分。中国的资源管理法主要有：《水法》、《森林法》、《草原法》、《土地管理法》、《矿产资源法》、《渔业法》、《节约能源法》等等。除了上述三种单行法外，特别方面的环境管理单行法在环境法体系中也占有重要地位。目前较为重要的环境管理行政法规有：《环境影响评价法》、《城市规划法》、《村庄和集镇规划建设管理条例》、《环境标准管理办法》、《排污费征收管理条例》、《全国环境监测管理条例》、《环境保护行政处罚办法》、《报告环境污染与破坏事故的暂行办法》等。

（四）环境标准

环境标准是国家为了维护环境质量、控制污染，从而保护人群健康、社会财富和生态平衡而制定的各种技术指标和规范的总称。环境标准是环境法体系中一个特殊而又不可缺少的组成部分。

中国的环境标准体系分为三类两级。三类是说环境标准包括环境质量标准、污染物排放标准和环境保护基础方法标准。两级是指中国的环境标准包括国家级标准和地方级标准。国家级环境标准由国务院环境保护行政主管部门制定并颁布，在全国范围内实施。地方级环境标准由省级环境保护行政主管部门组织制定，同级人民政府颁布实施。

（五）其他部门法中有关环境保护的规定

例如《民法通则》关于使用自然资源者有保护和合理利用的规定，关于相邻关系的规定，关于污染环境造成他人损害应当承担民事责任的规定，关于承担民事责任的形式、免责条件和“不可抗力”含义的规定等；《刑法》关于破坏环境资源保护罪的规定，特别刑法关于惩治走私罪、严重经济犯罪、捕杀国家重点保护野生动物犯罪的规定等；经济法中关于防止污染转嫁的规定；行政法中环境保护规范，例如《治安管理处罚条例》关于故意污损名胜古迹，破坏草坪、花卉、树木，在城镇违法使用音响器材应给予治安管理处罚的规定；等等。

（六）中国参加或者缔结的国际环境条约

中国已经缔结、参加了 60 多个与环境资源有关的国际条约，除宣布予以保留的条款外，也构成中国环境法体系的一个组成部分。如《国际油污损害民事责任公约》、《国际防止船舶污染海洋公约》、《保护臭氧层维也纳公约》、《控制危险废物越境转移及其处置的巴塞尔公约》、《气候变化框架公约》、《生物多样性公约》、《国际重要湿地保护公约》、《世界遗产公约》、《野生迁徙物种养护公约》、《濒危物种国际贸易公约》、《南极环境保护议定书》以及中日、中澳之间《关于保护候鸟及其栖息环境的协定》等等。

三、环境法的基本原则

环境法的基本原则是调整因开发、利用、保护和改善环境而产生的社会关系的指导思想和基本准则，是环境法本质和特征的集中体现。

（一）协调发展原则

协调发展原则是环境保护同经济建设、社会发展相协调原则的简称，是指环境保护与经济建设和社会发展统筹规划、同步实施、协调发展，实现经济效益、社会效益、环境效益的

统一。《环境保护法》第 4 条规定，保护环境是国家的基本国策。国家采取有利于节约和循环利用资源、保护和改善环境、促进人与自然和谐的经济、技术政策和措施，使经济社会发展与环境保护相协调。

协调发展原则的内容十分广泛，它首先要求树立正确的发展观，加强环境与发展的综合决策。各级决策部门在进行经济、社会发展重大决策时，必须对环境保护与经济、社会发展加以全面考虑、统筹兼顾、综合平衡、科学决策。其次，它要求采取各种措施，实现经济效益、社会效益和环境效益的统一。例如，把环境保护切实纳入国民经济和社会发展计划，采取有利于环境保护的技术经济政策和措施，加强环境保护科学技术研究与开发，坚决执行环境影响评价等环境管理制度等。

（二）预防为主、防治结合、综合治理原则

预防为主、防治结合、综合治理原则（第 5 条）是指采取各种预防措施，防止环境问题的产生和恶化，或者把环境污染和破坏控制在能够维持生态平衡、保护人体健康和社会物质财富及保障经济、社会持续发展的限度内。它要求防治环境污染和破坏，要以预防为主，做到“防患于未然”；同时，应采取各种措施，综合治理已经发生的环境污染和破坏。

贯彻这一原则的具体要求是，根据中国环境法的规定，建立预防为主的环境保护责任制，采取有效措施，防止造成各种污染和破坏；严格控制新的环境污染和破坏，严格执行环境影响评价制度和“三同时”制度，加强对建设活动的环境保护管理；积极治理已经产生的环境污染和破坏，实行城市环境综合整治，把环境保护规划纳入城市总体发展规划，调整城市产业结构和经济布局，改善城市能源结构，减少污染物排放总量；加强环境监测，对可能发生的重大环境污染的企业事业单位采取预防措施等。

（三）环境责任原则

环境责任原则（第 5 条）是“污染者付费，利用者补偿，开发者保护，破坏者恢复”原则的总称，是指人们基于对环境资源的利用，或者对环境造成污染破坏、对资源造成减损，就应承担相应的法律义务或者责任。

污染者付费是指环境污染造成的损失及治理污染的费用应当由排污者承担，而不应当转嫁给国家和社会。如向排污者征收排污费、要求排污者治理污染等就是这一原则的体现。

利用者补偿是指开发利用环境资源者，应当按照国家有关规定承担经济补偿责任。这实际上就是要求实行资源的有偿使用。

开发者保护是指开发利用环境资源者，不仅有开发利用环境资源的权利，同时还有保护环境资源的义务。

破坏者恢复是指因开发环境资源而造成环境资源破坏的单位和个人，对其负有恢复整治的责任。如对开发建设活动者的水土保持要求、土地复垦要求等就是这一原则的体现。

（四）公众参与原则

公众参与原则（第5条）是指在环境保护工作中，任何公民都有保护环境的权利，同时也负有保护环境的义务，全民族都应积极地、自觉地参与环境保护事业。公众参与原则的基本内容包括：（1）公民有环境知情权。公众应有权利获取所在国家、地区的环境状况的资料，有权知道影响其生活环境的开发建设项目的环境影响资料，有权获取有关的环境保护法律、法规资料。（2）公众有参与环境决策的权利。如《水污染防治法》第13条第4款的规定，“环境影响报告书中，应当有该建设项目所在地单位和市民的意见”。也就是让公众参与对建设项目的决策。（3）当环境或者公众的环境权益受到侵害时，人人都可以通过有效的司法途径和行政程序进行救济。（4）一切单位和个人都有保护环境的义务，并有权对污染或者破坏环境的单位和个人进行检举和控告。

四、环境法的基本制度

环境法的基本制度，是根据环境法的基本原则，由调整特定环境社会关系的一系列环境法律规范而形成的相对完整的规则系统，是具有可操作性的法律规范。中国现在环境法的基本制度具有突出污染防治的特点。

1、环境影响评价制度。环境影响评价是指在进行对环境有影响的规划、计划以及开发、建设活动之前，对这些活动可能给环境造成的影响进行调查、预测和评价，提出减少和防治不良环境影响的方案，作为决策的依据。环境影响评价制度就是有关环境影响评价的范围、内容、程序、法律后果等事项的法律规则系统。《环境保护法》第19条规定，编制有关开发利用规划，建设对环境有影响的项目，应当依法进行环境影响评价。未依法进行环境影响评价的开发利用规划，不得组织实施；未依法进行环境影响评价的建设项目，不得开工建设。根据《环境影响评价法》（2002年10月28日第9届全国人民代表大会常务委员会第30次会议通过），中国环境影响评价的范围包括规划和建设项目。其中规划的环境影响评价的内容包括：实施该规划对环境可能造成影响的分析、预测和评估；预防或者减轻不良环境影响的对策和措施；环境影响评价结论（第10条）。建设项目的评价内容包括：建设项目概况；建设项目周围环境现状；建设项目对环境可能造成影响的分析、预测和评估；建

设项目环境保护措施及其技术、经济论证；建设项目对环境影响的经济损益分析；对建设项目实施环境监测的建议；环境影响评价结论（第 7 条）。

2、“三同时”制度。“三同时”制度建设项目中防治污染的设施，应当与主体工程同时设计、同时施工、同时投产使用（第 41 条）。“三同时”制度是中国所独创的，它与环境影响评价制度一起，构成了控制新污染的主要的预防性法律制度，在中国所有的污染控制立法中都有规定。具体来说，建设项目在设计时要有环境保护篇章，对其可能造成的环境影响及防治对策进行说明；在建设过程中，环境保护设施要与主体工程同时建设，落实环境保护篇章中的工程措施；在项目竣工时，环境保护设施必须经过竣工验收，取得合格证后，项目才能正式投产使用。

3、排污收费制度。排放污染物的企业事业单位和其他生产经营者，应当按照国家有关规定缴纳排污费（第 43 条）。排污收费制度是指向环境排放污染物以及向环境排放污染物超过国家或者地方污染物排放标准的排污者，必须按照污染物的种类、数量和浓度，根据排污收费标准向环境保护主管部门缴纳一定费用的法律制度。根据《排污费征收管理条例》（2002），直接向环境排放污染物的单位和个体工商户，都应当缴纳排污费（《条例》第 2 条）。排污者应当在接到当地环境保护行政主管部门排污费缴纳通知单之日起 7 日内，到指定的商业银行缴纳排污费（《条例》第 14 条）。逾期拒不缴纳的，处以应缴纳排污费 1 倍以上 3 倍以下的罚款，并经有批准权的人民政府批准，责令停产停业整顿（《条例》第 21 条）。排污费必须纳入财政预算，列入环境保护专项资金进行管理，主要用于下列项目的拨款补助或者贷款贴息：重点污染源防治；区域性污染防治；污染防治新技术、新工艺的开发、示范和应用；国务院规定的其他污染防治项目（《条例》第 18 条）。

4、排污许可证制度。国家依照法律规定实行排污许可管理制度。实行排污许可管理的企业事业单位和其他生产经营者应当按照排污许可证的要求排放污染物；未取得排污许可证的，不得排放污染物（第 45 条）。

5、限期治理制度。限期治理是对污染严重的污染物、污染源、污染地区、污染行业等，采取限定治理时间、治理内容和治理效果的强制性措施。依照环境保护法律法规，限期治理的对象包括两种：一是对环境造成严重污染的企业事业单位。主要是针对那些污染严重、影响大、群众反应强烈的污染源。二是位于需要特别保护区域内的超标排污设施。这些区域包括风景名胜区、自然保护区、饮用水源保护区等。

五、环境法律责任

（一）环境行政责任

环境行政责任是由于违反了环境法和相关国家行政法规所规定的行政义务或者法律禁止的事项而应承担的法律责任。

环境行政责任的构成要件包括行为的违法性、行为人的过错、行为的危害后果、违法行为与危害后果之间具有因果关系。其中前两个为必要要件，后两个为选择性要件。

环境行政责任的形式分为行政处分与行政处罚两种。

行政处分是指国家行政机关、企业、事业单位，根据行政隶属关系，依照有关法规或者内部规章对犯有违法失职和违纪行为的下属人员给予的一种行政制裁。对国家工作人员的行政处分有：警告、记过、记大过、降级、降职、撤职、留用察看、开除 8 种；对企业职工的行政处分分为：警告、记过、记大过、降级、降职、留用察看、开除 7 种。

行政处罚是由特定的国家行政机关对违反环境法规范尚不构成犯罪的公民、法人或者其他组织给予的法律制裁。中国《环境保护法》规定的行政处罚种类有：警告、罚款、责令停止生产或者使用、责令重新安装使用、责令停业或者关闭。而《水法》、《森林法》、《草原法》、《渔业法》、《矿产资源法》、《野生动物保护法》等资源法律还规定了责令采取补救措施、恢复土地原貌、限期拆除或者没收建筑物、补种树木、责令停止开荒、恢复植被、没收矿产品或者违法所得等多种行政处罚形式。

（二）环境民事责任

在环境法里，环境民事责任一般是指公民、法人或者其他组织因污染和破坏环境，给他人造成人身或者财产损失时应承担的民事方面的法律后果，包括破坏环境的民事责任和污染环境的民事责任两类。由于环境破坏的民事责任与一般的民事责任大致相同，无须赘述，所以，着重介绍因环境污染导致的民事责任。

1、环境污染民事责任的构成要件

（1）行为人的行为致人损害。在一般的民事责任中，行为的违法性是承担民事责任的先决条件。因排污行为导致的民事责任是否也要求违法性要件呢?尽管还有不同意见，但目前国内绝大多数环境法学者都主张不把行为的违法性作为环境污染民事责任的必要条件。只要从事了客观上能“致人损害”的行为并产生危害后果，即使行为是合法的，也要承担民事责任。

（2）实行无过错责任原则。也就是说，在行为人的主观认定上不采纳一般民事责任的过错责任原则，只要行为人的排污行为给他人造成人身或者财产损失，即使主观上没有故意

或者过失，也要对造成的损害承担赔偿责任。但是有下列免责条件之一的除外：第一，不可抗力；第二，受害人自己的过错导致的损害；第三，第三人的故意或者过失造成的损害。

（3）损害结果的出现是承担环境民事责任的必要条件。

（4）要求损害结果与排污行为之间有因果关系。

2、环境污染民事责任的承担方式

《环境保护法》等法律规定的承担环境污染民事责任的方式有排除危害、赔偿损失、恢复原状等。

3、追究环境污染民事责任的途径

根据《环境保护法》第 41 条规定，对环境民事责任和赔偿金额的纠纷，当时人可以选择行政处理或者民事诉讼两种途径解决。

行政处理是根据当事人的请求，由环境保护行政主管部门或者其他依法行使监督管理权的部门对纠纷进行居间调解，达成调解协议，由当事人自觉履行。这种处理并非必经程序，当事人也可以直接提起民事诉讼。

（三）环境刑事责任

环境刑事责任是指行为人故意或者过失实施了严重危害环境的行为，并造成了人身伤亡或者公私财产的重大损失，构成犯罪所应负的刑事方面的法律责任。

《刑法》在第 6 章第 6 节专门就破坏环境资源保护罪做了规定。具体的罪名包括：重大环境污染事故罪，非法进境倾倒、堆放、处置固体废物罪，非法进口固体废弃物作为原料罪，非法捕捞水产品罪，非法捕杀、收购、运输、出售珍贵、濒危野生动物及其制品罪，非法狩猎罪，毁坏耕地罪，破坏矿产资源罪，非法采伐、毁坏珍贵树木罪，盗伐、滥伐林木罪，非法收购盗伐、滥伐的林木罪，共 11 种罪。

第十章　知识产权法

第一节　知识产权法概述

一、知识产权概念、特征

知识产权是人们依法对自己的智力活动创造成果和经营管理活动中的经验、知识享有的权利。知识产权有广义与狭义之分。广义的知识产权泛指人们对其智力成果所享有的权利，包括著作权、邻接权、商标权、商业秘密权、货源标记和原产地名称权、专利权、集成电路布图设计权、商号权、发现权、荣誉权等各种权利。狭义的知识产权，即传统意义上的知识产权，是指民事主体对其基于智力的创造性劳动所取得的知识产品依法享有的某种专有权，包括著作权（含邻接权）、专利权和商标权 3 个主要组成部分。

知识产权是一种无形财产权。其客体是智力成果，即知识产品，是一种没有形体的精神财富。它具有以下基本特征：（１）知识产权的国家授予性，即它是由国家机关依法授予或确认的。（２）知识产权的专有性，主要表现在：知识产权为权利人所独占，没有法律规定或未经权利人许可，任何人不的智力成果；对同一项得使用权利人智力成果，不允许有两个或两个以上同一属性的知识产权并存。（３）知识产权的地域性，知识产权作为一种专有在空间上的效力并不是无限的权，而是有地域的限制，即按照一国法律获得承认和保护的知识产权，只能在该国发生法律效力，如果要在其他国家得到保护，就必须按照该国法律登记注册或审查批准。（４）知识产权的时间性，即知识产权仅在法律规定的期限内受到保护，超过法律规定的有效期限，就自行消灭，相关智力成果即成为整个社会的共同财富。

二、知识产权法律体系

知识产权法是调整因创造、使用智力成果而产生的各种社会关系的法律规范的总和。当代各国的知识产权法律体系一般包括著作权法律制度；专利权法律制度；商标法律制下法律制度度；工业版权法律制度（兼有著作权、专利权双重因素的新型知识产权，表现为集成电路布图设计专有权等）；商号权法律制度；产地标记权法律制度；商业秘密权法律制度；反不正当竞争法律制度。

中国的知识产权立法起步虽晚，但已在不到２０年的时间里颁布了一系列知识产权法律、法规，迅速建立了具有世界先进水平的知识产权法律体系，在知识产权保护方面取得了举世瞩目的巨大成就。1982 年 8 月 23 日全国人民代表大会常务委员会通过了《商标法》（1993 年、2001 年修正）；1984 年 3 月 12 日全国人民代表大会常务委员会通过了《专利法》（1992 年、2000 年修正）；1986 年 4 月 12 日全国人民代表大会通过的《民法通则》专节规定了知识产权；1990 年 9 月 2 日全国人民代表大会常务委员会通过了《著作权法》；2001 年 12 月 20 日国务院发布了《计算机软件保护条例》。此外，中国还加入了世界知识产权组织（1980 年）、《保护工业产权巴黎公约》（1985 年）、《商标国际注册马德里协定》（1989 年）、《关于集成电路知识产权条约》（1990 年）、《保护文学艺术作品伯尔尼公约》（1992 年）、《世界版权公约》（1992 年）、《保护唱片制作者防止唱片被擅自复制日内瓦公约》（1993 年）、《专利合作条约》（1994 年）等。

第二节　著作权法律制度

一、著作权的主体

著作权是指作者对其作品依法享有的专有权利，是作者及其他著作权人对文学、艺术、科学作品所享有的人身权利和财产权利的总称。

中国《著作权法》规定的著作权主体包括：

1、作者。《著作权法》第 11 条规定，创作作品的公民是作者。由法人或者其他组织主持，代表法人或者其他组织意志创作，并由法人或者其他组织承担责任的作品，法人或者其

他组织视为作者。如无相反证明，在作品上署名的公民、法人或者其他组织为作者。即法人或其他组织在特定条件下也可视为作者。

2、其他著作权人。

（１）因继承、遗赠、遗赠抚养协议取得著作权的人。

（２）因合同而取得著作权的人，这里有两种情况：依委托合同取得著作权；因转让取得著作权。

在特殊情况下，国家也可以成为著作权的主体，如国家出于某种特殊需要，从著作权人那里购买著作权，从而成为著作权的主体；作者将其受保护的作品赠送给国家，国家接受其赠送而成为著作权的主体；法律规定某一作品在受保护的有效期内，著作权由国家行使，国家便成为该著作权的主体，这种情况较为常见。

３．著作权的归属原则。一般说来，无相反证明，在作品上署名的公民、法人或者非法人单位为作者；对其他著作权人，就要查明取得著作权的法律事实否真实有效。对是某些特殊作品的著作权主体的认定应遵循以下原则：演绎作品，其著作权由改编、翻译、注释、评论、整理人享有；合作作品的著作权由合作作者共同享有；编辑作品的整体著作权由编辑人享有；视听作品的著作权主体，中国著作权法规定由制片者享有，参加作品创作的其他人员享有署名权；职务作品的著作权一般由作者享有，特殊的职务作品，除署名权外，著作权的其他权利归单位享有；委托作品，著作权的归属由委托人和受托人合同约定，合同未明确

约定或者没有订立合同的，著作权属于受托人；美术作品的著作权属于作者，美术等作品原件所有权的转移，不视为作品著作权的转移；作者身份不明的作品，由作品原件的合法持有人行使除署名权以外的著作权。

二、著作权的客体

著作权的客体即著作权法保护的对象，是作品，这是文学、艺术和科学领域内，具有独创性并能以某种有形形式复制的智力创造成果，具有独创性和可复制性。著作权法上的作品包括：文字作品；口述作品；音乐、戏杂技艺术作品；剧、曲艺、舞蹈、美术、建筑作品；摄影作品；以电影作品和类似摄制电影的方法创作的作品；工程设计图、产品示意图等图形作品和模型作品品设计图、图地；计算机软件；法律、行政法规规定的其他作品。

有些作品著作权，法不予保护：具体是指不具备合法要件，即内容违反有关法律、法规的规定，法律禁止其出版和传播的作品，如违背一般法律原则的作品；违背社会公德和善良风俗的作品；故意妨害公共秩序的作品。

有些作品虽具有合法性，但不具有独创性，因而不能享有著作权法保护，如：（1）法律、法规，国家机关的决议、决定、命令和其他具有立法、行政、司法性质的文件，及其官方正式译文；（2）时事新闻；（3）历法、通用数表、通用表格和公式。此外，超过了著作权保护期的作品，因进入了公有领域，故也不受著作权法保护。

三、著作权的内容

根据中国著作权法的规定，著作权包括两个方面的内容，即著作人身权和著作财产权。

1、著作人身权。著作人身权是指作者享有的与其作品有关的以人格利益为内容的权利。具体包括：（1）发表权，即作者依法决定作品是否公之于众的权利。它是著作权中的首要权利。（2）署名权，即表明作者身份，在作品上注明其姓名或名称的权利。署名权包括作者在自己的作品上署名和不署名两方面权利，署真名、笔名、艺名、别名、化名或不署名。（3）修改权，即作者修改或者授权他人修改作品的权利。（4）保护作品完整权，这是保护作品不被歪曲、篡改的权利。

2、著作财产权。著作财产权包括使用权和获得报酬权两个方面，具体包括以下权能：（1）复制权，是指以印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍等方式将作品制作一份或多份的权利。它是著作财产权中最基本的权能。复制权是著作权人的专有权利，它往往与发行权或者广播权连在一起使用，非经著作权人许可或法律允许，他人不得擅自复制作品。（2）发行权，即以出售或者赠与方式向公众提供作品的原件或复制件的权利。（3）出租权，即有偿许可他人临时使用电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品、计算机软件的权利。（4）展览权，即公开陈列美术作品、摄影作品的原件或复制件的权利。（5）表演权，即公开表演作品，以及用各种手段公开播送作品的表演的权利。（6）放映权，即通过放映机、幻灯机等技术设备公开再现美术摄影和以类似摄制电影的方法创作的作品等的权利。（7）广播权，即以无线方式公开广播或传播作品，以有线传播或转播的方式向公众传播广播作品，以及通过扩音器或其他传送符号、声音、图像的类似工具向公众传播广播作品的权利。（8）信息网络传播权，这是《著作权法》修订后新增加的一项权利，即以有线或无线方式向公众提供作品，使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品的权利。（9）

摄制权，即以摄制电影或者以类似摄制电影的方法将作品固定在载体上的权利。（10）改编权，即改变作品，创作出具有独创性的新作品的权利。（11）翻译权，即将作品从一种语言文字转换成另一种语言文字的权利。（12）汇编权，即将作品或作品的片断通过选择或编排，汇集成新作品的权利。

四、著作权的取得和期限

关于著作权的取得，中国《著作权法》第2条规定，中国公民、法人或者其他组织的作品，不论是否发表，依照本法享有著作权。外国人、无国籍人的作品根据其作者所属国或者经常居住地国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约享有的著作权，受本法保护。外国人、无国籍人的作品首先在中国境内出版的，依照本法享有著作权。未与中国签订协议或者共同参加国际条约的国家的作者以及无国籍人的作品首次在中国参加的国际条约的成员国出版的，或者在成员国和非成员国同时出版的，受本法保护。

著作权的保护期，是著作权受法律保护的时间界限。中国著作权法对著作人身权和著作财产权规定了不同的保护期。1、著作人身权的保护期。著作人身权中的署名权、修改权和保护作品完整权永久受到法律保护，发表权的保护期与著作权中的财产权利的保护期相同。2、著作财产权的保护期。（1）作品的作者为公民，其著作财产权的保护期为作者终生及其死亡后50年，截止于作者死亡后第50年的12月31日；如果是合作作品，截止于最后死亡的作者死亡后第50年的12月31日。（2）法人或其他组织的作品，其发表权、使用权和获得报酬权的保护期限为50年，截止于作品首次发表后第50年的12月31日。但作品自创作完成后50年内未发表的，著作权法不再保护。（3）电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品、摄影作品的发表权、使用权的保护期限为50年，截止于作品首次发表后第50年的12月31日，但作品自创作完成后50年内未发表的，著作权法不再保护。

五、与著作权有关的权利

与著作权有关的权利又称邻接权，是与著作权相邻、相近或类似的权利，即作品的传播者依法所享有的专有权利。邻接权的主体通常是法人；其保护的对象是经过传播者艺术加工后的作品；邻接权的保护期为50年。邻接权有以下几种：

1、出版者权。这是指图书、报刊出版者对其出版的作品所享有的一系列权利的统称。具体包括：图书出版者的专有出版权；版式、装帧设计的专有使用权；报刊出版者的其他权利。

２．表演者权。这是指表演者对作品进行表演而享有的权利，包括：表明表演者身份，保护表演形象不受歪曲的权利和许可他人从现场直播、录音录像、复制、发行以及通过网络向公众传播，并由此获得报酬的权利。表演者应通过演出组织向著作权人支付报酬。

３．录制作者权。这是指录音录像制作者对其制作的录音录像制品，享有许可他人复制、发行、出租、通过信息网络向公众传播并获得报酬的权利。录音录像制作者使用他人作品制作录音录像制品，应当取得著作权人的许可，并支付报酬。

４．播放者的权利。播放者是指广播电台、电视台。播放者有权禁止未经许可的下列行为：将其播放的广播电视转播；将其播放的广播电视录制在音像载体上以及复制音像载体。播放者应向著作权人支付报酬。

六、著作权的限制

著作权除受到时间上、地域上的限制以外，还受到“合理使用”、“法定许可”等制度的限制。

1、合理使用。合理使用是指在特定的条件下，法律允许他人自由使用享有著作权的作品而不必征得著作权人的同意，也不必向著作权人支付报酬的制度。合理使用的作品必须已经发表，并不得侵犯著作权人的其他权利。合理使用必须符合以下几个要件：一是使用的作品已经发表，未发表的作品不属于合理使用的范围；二是使用的目的仅限于为个人学习、研究或欣赏，或者为了教学、科学研究、宗教或慈善事业以及公共文化利益的需要；三是使用他人作品时，不得侵犯著作权人的其他权利，并且必须注明作者姓名、作品名称。

合理使用的范围包括：个人使用；引用；新闻报道使用；对政论性文章的转载、转播；对公开演讲的转载、转播；教学使用；公务使用；图书馆陈列或保存版本；免费表演；对室外陈列作品的使用；将汉族文字作品翻译成少数民族文字；盲文出版。

2、法定许可使用。法定许可使用是指依著作权法的规定，使用者在利用他人已经发表的作品时，可以不经著作权人的许可，但应向其支付报酬，并尊重著作权人其他权利的制度。包括以下几种情形：（1）报刊转载、摘登；（2）营业性演出；（3）广播电台、电视

台使用他人已发表的作品制作广播电视节目；（4）制作录音制品。录像制品制作者不管是使用他人已发表的还是未发表的作品，都必须经过著作权人的许可，同时按规定支付报酬。

3、强制许可使用。强制许可使用是指在一定条件下，作品的使用者基于某种正当理由需要使用他人已发表的作品时，经申请由著作权行政管理部门授权，即可使用该作品，无需征得著作权人同意，但应当向其支付报酬的制度。

七、著作权的保护

《著作权法》对侵犯著作权的行为及其法律责任做出了明确规定。

《著作权法》第46条规定，有下列侵权行为的，应当根据情况，承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任：（1）未经著作权人许可，发表其作品的；（2）未经合作作者许可，将与他人合作创作的作品当作自己单独创作的作品发表的；（3）没有参加创作，为谋取个人名利，在他人作品上署名的；（4）歪曲、篡改他人作品的；（5）剽窃他人作品的；（6）未经著作权人许可，以展览、摄制电影和以类似摄制电影的方法使用作品，或者以改编、翻译、注释等方式使用作品的，本法另有规定的除外；（7）使用他人作品，应当支付报酬而未支付的；（8）未经电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品、计算机软件、录音录像制品的著作权人或者与著作权有关的权利人许可，出租其作品或者录音录像制品的，本法另有规定的除外；（9）未经出版者许可，使用其出版的图书、期刊的版式设计的；（10）未经表演者许可，从现场直播或者公开传送其现场表演，或者录制其表演的；（11）其他侵犯著作权以及与著作权有关的权益的行为。

《著作权法》第47条规定，有下列侵权行为的，应当根据情况，承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任；同时损害公共利益的，可以由著作权行政管理部门责令停止侵权行为，没收违法所得，没收、销毁侵权复制品，并可处以罚款；情节严重的，著作权行政管理部门还可以没收主要用于制作侵权复制品的材料、工具、设备等；构成犯罪的，依法追究刑事责任：（1）未经著作权人许可，复制、发行、表演、放映、广播、汇编、通过信息网络向公众传播其作品的，本法另有规定的除外；（2）出版他人享有专有出版权的图书的；（3）未经表演者许可，复制、发行录有其表演的录音录像制品，或者通过信息网络向公众传播其表演的，本法另有规定的除外；（4）未经录音录像制作者许可，复制、发行、通过信息网络向公众传播其制作的录音录像制品的，本法另有规定的除外；（5）未经许可，播放或者复制广播、电视的，本法另有规定的除外；（6）未经著作权人或

者与著作权有关的权利人许可，故意避开或者破坏权利人为其作品、录音录像制品等采取的保护著作权或者与著作权有关的权，法律、行政法利的技术措施的规另有规定的除外；（7）未经著作权人或者与著作权有关的权利人许可，故意删除或者改变作品、录音录像制品等的权利信息的，法律、行政法规另管理电子有规定的除外；（8）制作、出售假冒他人署名的作品的。《著作权法》第48条规定，侵犯著作权或者与著作权有关的权利的，侵权人应当按照权利人的实际损失给予赔偿；实际损失难以计算的，可以按照侵权人的违法所得给予赔偿。赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。权利人的实际损失或者侵权人的违法所得不能确定的，由人民法院根据侵权行为的情节，判决给予50万元以下的赔偿。此外，《著作权法》还对权利人申请诉前证据保全、财产保全，申请责令停止有关行为等内容做出了规定。

第三节　专利法律制度

一、概述

专利是指经专利主管机关依照法定程序审查批准的、符合专利条件的发明创造。专利权是指法律赋予公民、法人、或者其他组织对其获得专利的发明创造在一定期限内依法享有的专有权利。

专利权的主体即专利权人，指有权提出专利申请并取得专利的人。主要包括：1、职务发明创造的单位。职务发明创造是指公民为完成本单位的任务或者主要是利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造。中国《专利法》规定，职务发明创造的专利申请权和专利权属于职务发明创造的单位。2、非职务发明创造的个人。非职务发明创造是指发明人或设计人利用自己的时间、资金、设备等物质条件完成的发明创造。此种情况下的发明人或设计人享有专利申请权和专利权。3、共同发明人或者设计人。两个或者两个以上的发明人或设计人共同完成的发明创造，共同的发明人或设计人享有专利申请权和专利权。

专利权的客体是发明创造。中国《专利法》第2条规定：“本法所称的发明创造是指发明、实用新型和外观设计”。发明，是对产品、方法或者其改进所提出的新的技术方案，可分为产品发明和方法发明。实用新型，又称“小发明”、“小创造”，是指对产品的形状、

构造或者其组合所提出的新的技术方案。外观设计，是指对产品的形状、图案、色彩或者它们的组合所作出的富有美感并适于工业应用的新设计。

中国专利法规定，对违反国家法律、社会公德或者妨害公共利益的发明创造，不授予专利权；另外，科学发现、智力活动的规则和方法、疾病的诊断和治疗方法、动物和植物品种（但是对这些产品的生产方法，可以依法授予专利权）以及用原子核变换方法获得的物质，不能授予专利权。

二、专利权的取得

（一）授予专利权的实质条件

发明、实用新型获得专利权，必须具备以下条件：一是新颖性，即申请专利的发明或者实用新型是前所未有的，不属于现有技术，即在申请日以前没有同样的发明或实用新型在国内外出版物公开发表过，在国内公开使用过或以其他方式为公众所知，也没有同样的发明或实用新型由他人向专利局提出过申请并且记载在申请日以后公布的专利申请文件中；二是创造性，即同申请日以前已有的技术相比，该发明有突出的实质性特点和显著进步，该实用新型有实质性特点和进步；三是实用性，即该发明或者实用新型能够制造或者使用，并且能够产生积极的效果。

中国专利法规定，外观设计获得专利权的实质条件是具备新颖性和美观性，并不得与他人在先取得的合法权利相冲突。新颖性，是指申请专利的外观设计与其申请日以前已经在国内外出版物上公开发表的外观设计不相同或者不相近似，与其申请日前已在国内外公开使用过的外观设计不相同或者不相近似；美观性，是指外观设计被使用在产品上时能使人产生一种美感。

（二）获得专利的程序

获得专利必须经过申请和国家专利行政主管机关的授予。在中国，专利行政主管机关是国务院专利行政部门，即中华人民共和国知识产权局，由它负责全国的专利工作，统一受理和审查专利申请，并依法授予专利权。

1、申请。专利申请人应当具备以下条件：具有相应的国籍；有符合专利法规定的发明创造，并拥有合法的专利申请权。专利他组织依据法律规定或者合申请权，是指公民、法人或者其同约定享有的就发明创造向专利局提出申请的权利。

专利申请权的确定，主要有两种情形：（1）由法律直接规定。中国专利法规定：职务发明创造的专利申请权归单位所有，非职务发明创造的专利申请权归完成该发明创造的发明人或者设计人所有。（2）依合同约定。根据专利法的规定，两个以上单位或者个人合作完成的发明创造，一个单位或者个人接受其他单位或者个人委托所完成的发明创造，当事人双方可以就专利申请权的归属在合同中约定。如果当事人双方在合同中没有约定或者约定不明确，专利申请权属于完成或者共同完成的单位或者公民所有。专利申请权可以转让，转让后，原专利申请人便因此丧失专利申请权，由受让人获得相应的专利申请权。但是，中国单位或者个人向外国人转让专利申请权的，必须经国务院有关主管部门批准；转让专利申请权或者专利权的，当事人应当订立书面合同，并向国务院专利行政部门登记，由国务院专利行政部门予以公告。专利申请权或者专利权的转让自登记之日起生效。

专利申请应遵循以下原则：（1）书面原则，是指专利申请人及其代应当采用书面形式。（2）先申请理人在办理各种手续时都原则，是指两个或者两个以上的人分别就同样的发明创造申请专利，专利权授给最先申请人。（3）单一性原则，是指一份专利申请文件只能就一项发明创造提出专利申请，即“一申请一发明”原则。但是，属于一个总的发明构思的两项以上的发明或者实用新型，可以作为一件申请提出。同样，用于同一类别并且成套出售或者使用的产品的两项以上的外观设计，可以作为一件申请提出。（4）申请人可以在被授予专利权之前随时撤回其专利申请。

2、审查授予。国务院专利行政部门收到专利申请文件后，经初步审查认为符合专利法要求的，自申请日起满 18 个月，即行公布。国务院专利行政部门可以根据申请人的请求早日公布其申请。发明专利申请自申请日起 3 年内，国务院专利行政部门可以根据申请人随时提出的请求，对其申请进行实质审查，即专利局对申请专利的发明创造的新颖性、创造性和实用性等依法进行审查的法定程序。申请人无正当理由逾期不请求实质审查的，该申请即被视为撤回。国务院专利行政部门认为必要的时候，可以自行对发明专利申请进行实质审查。

发明专利的申请人请求实质审查的时候，应当提交在申请日前与发明有关的参考资料。发明专利已经在外国提出过申请的，国务院专利行政部门可以要求申人在指定期请限内提交该国为审查其申请进行检索的资料或者审查结果的资料，无正当理由逾期不提交的，该申请即被视为撤回。

国务院专利行政部门对发明专利申请进行实质审查后，认为不符合专利法规定的，应当通知申请人，要求其在指定的期限内陈述意见，或者对其申请进行修改；无正当理由逾期不答复的，该申请即被视为撤回。发明专利申请经实质审查没有发现驳回理由的，由国务院专

利行政部门作出授予专利权的决定，发给发明专利证书，同时予以登记和公告。发明专利权自公告之日起生效。实用新型和外观设计专利申请经初步审查没有发现驳回理由的，由国务院专利行政部门作出授予实用新型专利权或者外观设计专利权的决定，发给相应的专利证书，同时予以登记和公告，实用新型专利权和外观设计专利权自公告之日起生效。

国务院专利行政部门设立专利复审委员会。专利申请人对国务院专利行政部门驳回申请的决定不服的，可以自收到通知之日起3个月内，向专利复审委员会请求复审。专利复审委员会复审后，作出决定，并通知专利申请人。专利申请人对专利复审委员会的复审决定不服的，可以自收到通知之日起3个月内向人民法院起诉。

自专利局公告授予专利权之日起，任何单位和个人认为该专利权的授予不符合专利法规定的条件的，可以向专利复审委员会提出宣告该专利权无效的请求，对该宣告专利权无效或维持专利权的决定不服的，可以自收到通知之日起3个月内向人民法院起诉。宣告无效的专利权视为自始即不存在。但在某些特殊情况下宣告无效的决定不具有追溯力：（1）已经作出并已执行的专利侵权判决裁定和已经实施或强制执行的专利侵权纠纷处理决定；（2）已经执行了的专利实施许可合同和专利转让合同。

三、专利权的内容与限制

（一）专利权的内容

专利权人享有以下权利：

1、独占实施权，即专利权人对其专利产品或者专利方法享有为生产经营目的制造、使用、许诺销售、销售的专有权利。独占实施权是专利权人的一项最基本权利，它包括对专利产品的独占制造权、独占使用权、独占销售权或独占许诺销售权；对专利方法的独占使用权以及对依照该专利方法直接获得的产品的独占使用权、销售权和许诺销售权。

2、进口权。专利产品的进口，是指将专利产品或者包含专利产品的物品，或者依照专利方法直接生产的产品从境外引人中国境内的行为。进口权，是指专利权人在专利权的有效期限内依法享有的禁止他人未经许可或授权，以经营为目的的进口专利产品的权利。

3、转让权，是指专利权人将其获得的专利所有权转让给他人的权利。

4、实施许可权，是指专利权人通过实施许可合同的方式，许可他人实施其专利并收取使用费的权利。

5、放弃权，专利权人可以在专利权保护期届满前的任何时候，以书面形式声明或以不交年费的方式放弃其专利权。

6、标记权，是指专利权人享有在专利产品或者该产品的包装上、容器上、说明上、产品广告上做上专利标记和专利号的权利。专利权人享有权利的同时，也应承担义务，即缴纳专利年费、实际实施已获专利的发明创造的义务。

发明专利权的保护期为20年，实用新型和外观设计的专利权保护期为10年，自申请日起计算。

（二）专利权的限制

专利法允许第三人在某些特殊情况下，可以不经专利权人许可而实施其专利，且其实施行为并不构成侵权。这些行为包括：

1、强制许可，即国家专利主管机关，根据具体情况，不经专利权人许可，授权他人实施发明或者实用新型专利的一种法律制度。

中国专利法规定了3种形式的强制许可：一是防止专利权滥用的强制许可。备实施条件的单位以合理的条具件请求发明或者实用新型专利权人许可实施其专利，而未能在合理的时间内获得这种许可时，国务院专利行政部门根据该单位的申请，可以给予实施该发明专利或者实用新型专利的强制许可。二是为公共利益目的的强制许可。在国家出现紧急状态或者非常情况时，或者为了公共利益的目的，国务院专利行政部门可以给予实施发明专利或者实用新型专利的强制许可。三是交叉强制许可。即一项取得专利权的发明或者实用新型比之前已经取得专利权的发明或者实用新型具有显著经济意义的重大技术进步，其实施又有赖于前一项发明或者实用新型的实施的，国务院专利行政部门根据后一专利权人的申请，可以给予实施前一项发明或者实用新型的强制许可。在依照前述规定给予实施强制许可的情形下，国务院专利行政部门根据前一专利权人的申请，也可以给予实施后一项发明或者实用新型的强制许可。

2、其他不视为侵犯专利权的行为：（1）专利权用尽，是指专利权人自己或者许可他人制造的专利产品（包括依据专利方法直接获得的产品）被合法地投放市场后，任何人对该产品进行销售或使用，不构成侵权；（2）善意使用或销售行为，为生产经营目的使用或者销售未经专利权人许可而制造并售出的专利产品或者依照专利方法直接获得的产品，能证明其产品合法来源的，不承担赔偿责任。（3）先用权人的实施，即指在专利申请日以前已经制造相同产品、使用相同方法或者已经作好制造、使用的必要准备，并且仅在原有范围内制造、使用的，不视为侵权。（4）临时过境，是临时通过中国领陆、领水或领空的外国运输

工具为其自身需要而使用在中国享有专利权的机械装置和零部件的，无需得到中国专利权人许可，也不构成侵权。（5）为科学或实验目的的使用。

四、专利侵权及法律责任

专利侵权行为，是指在专利权的有效期限内，任何他人在未经专利权人许可，也没有其他法定事由的情况下，擅自以盈利为目的实施专利的行为。

专利侵权行为的种类包括：制造专利的产品的行为；故意使用发明或实用新型专利产品的行为；故意销售专利产品的行为；使用专利方法以及使用、销售依照专利方法直接获得的产品的行为；进口专利产品或进口依照专利方法直接获得的产品的行为；假冒他人专利的行为；冒充专利的行为；故意制造、销售只能用于专利产品的关键部件；未经专利权人授权或委托，许可他人实施专利技术；专利权共有人未经其他共有人同意而许可他人实施该专利技术。

根据专利法及其有关法律的规定，侵权行为人应当承担相应的法律：责任，包括：1、民事责任。主要有停止侵权、赔偿损失、消除影响等方式。侵犯专利权的赔偿数额，按照权利人因被侵权所受到的损失或者侵权人因侵权所获得的利益确定；被侵权人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，参照该专利许可使用费的倍数合理确定。2、行政责任。对专利侵权行为，专利管理机关有权责令侵权行为人停止侵权行为、消除影响、罚款、赔偿损失。3、刑事责任。假冒他人专利，情节严重的，依照专利法和刑法的规定，对直接责任人员追究刑事责任，即处以 3 年以下有期徒刑或者拘，并处或者单处罚金役。

第四节　商标权法律制度

一、商标和商标

商标是由文字、图形、字母、数字、三维标志和颜色组合或者上述要素组合构成的，用以区别不同商品或服务来源的可视性标志。商标权是商标所有人依法对其注册商标所享有的专有权利。

二、商标权的取得

商标权的取得有原始取得和继受取得两种方式。原始取得是商标权的第一次产生，须依照法定的程序向国家商标主管机关申请注册，才能取得。继受取得是采取转让或继承等方式取得商标专用权。

商标权的取得应遵循下列规定：

１．商标注册的申请人。中国商标法规定，自然人、法人或者其他组织对其生产、制造、加工、拣选或者经销的商品、对其提供的服务项目，需要取得商标专用权的，应当向商标局申请商品商标注册；两个以上的自然人、法人或者其他组织可以共同向商标局申请注册同一商标，共同享有和行使该商标专用权。

２．商标注册的条件。商标应当具有显著性特征，便于识别，并不得与他人在先的合法权利相冲突；申请注册的商标不得使用上法律所禁止使用的标志；县级以行政区划的名称或公众知晓的外国地名，一般不得作为商标；驰名商标不论是否已在中国注册，都受特殊保护；不得以不正当手段抢注他人已经使用并有一定影响的商标。

３．商标注册的原则。（1）申请在先原则。两个以上的申请人在同种或类似商品上以相同或近似的商标申请注册的，初步审定并公告申请在先的商标；同一天申请的初步审定并公告使用在先的商标。（2）自愿注册原则。除人用药品和烟草制品必须使用注册商标外，绝大多数商品商标是否注册由商标使用人自行决定。

４．商标注册的审查和核准。申请注册的商标符合商标注册条件的，由商标局初步审定，予以公告。对初步审定的商标，自公告之日起 3 个月内，任何人均可以提出异议。无异议的，予以核准注册，发给商标注册证；经裁定异议成立的，不予核准注册。异议人对商标局的异议裁定不服或商标申请人对商标局驳回申请、不予公告的决定不服的，可以在收到通知之日起 15 日内向商标评审委员会申请复审，由商标评审委员会作出决定，并书面通知申请人。当事人对商标评审委员会的决定不服的，可以自收到通知之日起 30 日内向人民法院起诉。

三、商标权的内容

商标注册人对注册商标享有使用权、转让权以及许可他人使用的权利。

商标注册人可以转让其所有的注册商标的专用权，但转让注册商标，转让人和受让人应当共同向商标局提出申请。受让人应当保证使用该注册商标的商品质量。

注册商标所有人可以通过订立许可使用合同，许可他人使用其注册商标，此即注册商标的使用许可。具体形式主要有两种：

即独占使用许可和普通使用许可。所谓独占使用许可，是指许可人允许被许可人在规定的地区、期限和指定的商品上独占地、排他地使用注册商标，在合同约定的范围内，许可人不能再允许第三人使用其注册商标，许可人自己也不能使用。普通使用许可，是指许可人可以在规定的地区、期限和指定的商品上允许不同的人同时使用其注册商标的使用许可。

注册商标的有效期为 10 年，自核准注册之日起算。注册商标有效期满，需要继续使用的，应当在期满前 6 个月内申请续展注册，在此期间仍未提出申请的，可以给予 6 个月的宽展期。宽展期满仍未提出申请的，注销其注册商标。每次续展注册的有效期为 10 年。

四、商标侵权与法律责任

侵犯他人注册商标专用权的行为有：（1）未经商标注册人的许可，在同一种商品或者品上使用与其注册商标相同或近类似商似的商标的；（2）销售侵犯注册商标专用权的商品的；（3）伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识的；（4）未经商标注册人同意，更换其注册商标并将该更换商标的商品又投入市场的；（5）给他人的注册商标专用权造成其他损害的。

商标侵权纠纷由当事人协商解决，当事人不愿协商或协商不成的，商标注册人或者利害关系人可以向人民法院起诉，也可以请求工商行政管理部门处理。工商行政管理部门处理时，认定侵权行为成立的，责令立即停止侵权行为，没收、销毁侵权商品和专门用于制造侵权商品、伪造注册商标标识的工具，并可处以罚款。当事人对处理决定不服的，可自收到处理通知之日起 15 日内依照《行政诉讼法》向人民法院提起行政诉讼。侵权人期满不起诉又不履行的，工商行政管理部门可以申请人民法院强制执行。进行处理的工商行政管理部门根据当事人的请求，可以就侵犯商标专用权的赔偿数额进行调解；调解不成的，当事人可以依照《民事诉讼法》向人民法院起诉。

为有效查处商标侵权案，加大打击力度，《商标法》明确规定了县级以上工商行政管理部门的执法权限。县级以上工商行政管理部门根据已经取得的违法嫌疑证据或者举报，对涉嫌侵犯他人注册商标专用权的行为进行查处时，可以行使下列职权：（1）询问有关当事

人，调查与侵犯他人注册商标专用权有关的情况；（2）查阅、复制当事人与侵权活动有关的合同、发票、账簿以及其他有关资料；（3）对当事人涉嫌从事侵犯他人注册商标专用权活动的场所实施现场检查；（4）检查与侵权活动有关的物品；对有证据证明是侵犯他人注册商标专用权的物品，可以查封或者扣押。工商行政管理部门依法行使前款规定的职权时，当事人应当予以协助、配合，不得拒绝、阻挠。

侵犯的法律责任主要有：

１．民事责任：主要是停止侵权，赔偿损失。《商标法》规定，侵犯商标专用权的赔偿数额，为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利益，或者被侵权人在被侵权期间因被侵权所受到的损失，包括被侵权人为制止侵权行为所支付的合理开支。前述所称侵权人因侵权所得利益，或者被侵权人因被侵权所受损失难以确定的，由院人民法根据侵权行为的情节判决给予５０万元以下的赔偿。销售不知道是侵犯注册商标专用权的商品，自己合法取得的并说能证明该商品是明提供者的，不承担赔偿责任。

２．行政责任：工商行政管理机关可以对侵权人处以责令停止销售、收缴、销毁、消除侵权标识和罚款等行政处罚。

３．刑事责任：《商标法》第 59 条规定，未经商标注册人许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标，构成犯罪的，除赔偿被侵权人的损失外，依法追究刑事责任。伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识，构成犯罪的，除赔偿被侵权人的损失外，依法追究刑事责任。销售明知是假冒注册商标的商品，构成犯罪的，除赔偿被侵权人的损失外，依法追究刑事责任。

第五节　软件、网络作品和域名

在网络时代，与信息处理系统有关的作品都对知识产权保护提出了新的要求。

一、计算机软件

中国《著作权法》第 3 条第 8 项规定计算机软件为著作权法所保护的作品。国务院发布的《计算机软件保护条例》（2001 年 12 月 20 日中华人民共和国国务院令第 339 号公布，

根据 2011 年 1 月 8 日《国务院关于废止和修改部分行政法规的决定》第一次修订，根据 2013 年 1 月 30 日《国务院关于修改〈计算机软件保护条例〉的决定》第二次修订，本节引用法条均为本条例），进一步细化了计算机软件保护的内容。

（一）计算机软件的概念

计算机软件是指计算机程序及有关文档（第 2 条）。计算机程序是指为了得到某种结果而可以由计算机等具有信息处理能力的装置执行的代码化指令序列，或者可以被自动转换成代码化指令序列的符号化指令序列或者符号化语句序列。同一计算机程序的源程序和目标程序为同一作品（第 3 条第 1 项）。文档是指用来描述程序的内容、组成、设计、功能规格、开发情况、测试结果及使用方法的文字资料和图表等，如程序设计说明书、流程图、用户手册等（第 3 条第 2 项）。

（二）软件著作权

软件著作权人是对软件享有著作权的自然人、法人或者其他组织（第 3 条第 4 项）。中国公民、法者其他组织对其所开或发的软件，不论是否发表，依法享有著作权。外国人、无国籍人的软件首先在中国境内发行的，依法享有著作权。外国人、无国籍人的软件，依照其开发者所属国或者经常居住地国同中国签订的协议或者依照中国参加的国际条约享有的著作权，受法律保护。计算机软件作为受法律保护的作品，必须具备原创性、可复制性。确定计算机软件著作权归属的一般原则是“谁开发谁享有著作权”，即软件著作权归属软件开发者。软件开发者，是指实际组织开发、直接进行开发，并对开发完成的软件承担责任的法人或者其他组织；或者依靠自己具有的条件独立完成软件开发，并对软件承担责任的自然人（第 3 条第 3 项）。

由两个以上的自然人、法人或者其他组织合作开发的软件，其著作权的归属由合作开发者签订书面合同约定。无书面合同或者合同未作明确约定，合作开发的软件可以分割使用的，开发者对各自开发的部分可以单独享有著作权；但是，行使著作权时，不得扩展到合作开发的软件整体的著作权。合作开发的软件不能分割使用的，其著作权由各合作开发者共同享有，通过协商一致行使；不能协商一致，又无正当理由的，任何一方不得阻止他方行使除转让权以外的其他权利，但是所得收益应当合理分配给所有合作开发者（第 10 条）。接受他人委托开发的软件，其著作权的归属由委托人与受托人签订书面合同约定；无书面合同或者合同未作明确约定的，其著作权由受托人享有（第 11 条）。由国家机关下达任务开发的软件，著作权的归属与行使由项目任务书或者合同规定；项目任务书或者合同中未作明确规定的，软件著作权由接受任务的法人或者其他组织享有（第 12 条）。

软件著作权人享有下列各项权利：（一）发表权，即决定软件是否公之于众的权利；（二）署名权，即表明开发者身份，在软件上署名的权利；（三）修改权，即对软件进行增补、删节，或者改变指令、语句顺序的权利；（四）复制权，即将软件制作一份或者多份的权利；（五）发行权，即以出售或者赠与方式向公众提供软件的原件或者复制件的权利；（六）出租权，即有偿许可他人临时使用软件的权利，但是软件不是出租的主要标的的除外；（七）信息网络传播权，即以有线或者无线方式向公众提供软件，使公众可以在其个人选定的时间和地点获得软件的权利；（八）翻译权，即将原软件从一种自然语言文字转换成另一种自然语言文字的权利；（九）应当由软件著作权人享有的其他权利。软件著作权人可以许可他人行使其软件著作权，并有权获得报酬。软件著作权人可以全部或者部分转让其软件著作权，并有权获得报酬（第 8 条）。

软件著作权自软件开发完成之日起产生。自然人的软件著作权，保护期为自然人终生及其死亡后 50 年，截止于自然人死亡后第 50 年的 12 月 31 日；软件是合作开发的，截止于最后死亡的自然人死亡后第 50 年的 12 月 31 日。法人或者其他组织的软件著作权，保护期为 50 年，截止于软件首次发表后第 50 年的 12 月 31 日，但软件自开发完成之日起 50 年内未发表的，本条例不再保护（第 14 条）。

软件著作权属于自然人的，该自然人死亡后，在软件著作权的保护期内，软件著作权的继承人可以依照《中华人民共和国继承法》的有关规定，继承本条例第八条规定的除署名权以外的其他权利。软件著作权属于法人或者其他组织的，法人或者其他组织变更、终止后，其著作权在本条例规定的保护期内由承受其权利义务的法人或者其他组织享有；没有承受其权利义务的法人或者其他组织的，由国家享有（第 15 条）。

许可他人行使软件著作权的，应当订立许可使用合同。许可使用合同中软件著作权人未明确许可的权利，被许可人不得行使（第 18 条）。许可他人专有行使软件著作权的，当事人应当订立书面合同。没有订立书面合同或者合同中未明确约定为专有许可的，被许可行使的权利应当视为非专有权利（第 19 条）。转让软件著作权的，当事人应当订立书面合同（第 20 条）。订立许可他人专有行使软件著作权的许可合同，或者订立转让软件著作权合同，可以向国务院著作权行政管理部门认定的软件登记机构登记（第 21 条）。中国公民、法人或者其他组织向外国人许可或者转让软件著作权的，应当遵守《中华人民共和国技术进出口管理条例》的有关规定（第 22 条）。

除《中华人民共和国著作权法》或者本条例另有规定外，有下列侵权行为的，应当根据情况，承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任：（一）未经软件著作权

人许可，发表或者登记其软件的；（二）将他人软件作为自己的软件发表或者登记的；（三）未经合作者许可，将与他人合作开发的软件作为自己单独完成的软件发表或者登记的；（四）在他人软件上署名或者更改他人软件上的署名的；（五）未经软件著作权人许可，修改、翻译其软件的；（六）其他侵犯软件著作权的行为（第 23 条）。

除《中华人民共和国著作权法》、本条例或者其他法律、行政法规另有规定外，未经软件著作权人许可，有下列侵权行为的，应当根据情况，承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任；同时损害社会公共利益的，由著作权行政管理部门责令停止侵权行为，没收违法所得，没收、销毁侵权复制品，可以并处罚款；情节严重的，著作权行政管理部门并可以没收主要用于制作侵权复制品的材料、工具、设备等；触犯刑律的，依照刑法关于侵犯著作权罪、销售侵权复制品罪的规定，依法追究刑事责任：（一）复制或者部分复制著作权人的软件的；（二）向公众发行、出租、通过信息网络传播著作权人的软件的；（三）故意避开或者破坏著作权人为保护其软件著作权而采取的技术措施的；（四）故意删除或者改变软件权利管理电子信息的；（五）转让或者许可他人行使著作权人的软件著作权的。有前款第 1 项或者第 2 项行为的，可以并处每件 100 元或者货值金额 1 倍以上 5 倍以下的罚款；有前款第 3 项、第 4 项或者第 5 项行为的，可以并处 20 万元以下的罚款（第 24 条）。

二、网络作品

《最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》(2000 年 11 月 22 日最高人民法院审判委员会第 1144 次会议通过,根据 2003 年 12 月 23 日最高人民法院审判委员会第 1302 次会议《关于修改〈最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释〉的决定》第一次修正,根据 2006 年 11 月 20 日最高人民法院审判委员会第 1406 次会议《关于修改〈最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释〉的决定（二）》第二次修正）规定，受著作权法保护的作品，包括著作权法第 3 条规定的各类作品的数字化形式。在网络环境下无法归于著作权法第 3 条列举的作品范围，但在文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的其他智力创作成果，人民法院应当予以保护（第 2 条）。这条司法解释部分地解决了网络作品著作权在中国的法律地位问题。

网络服务提供者通过网络参与他人侵犯著作权行为，或者通过网络教唆、帮助他人实施侵犯著作权行为的，人民法院应当根据民法通则第 130 条的规定，追究其与其他行为人或者直接实施侵权行为人的共同侵权责任（第 3 条）。

提供内容服务的网络服务提供者，明知网络用户通过网络实施侵犯他人著作权的行为，或者经著作权人提出确有证据的警告，但仍不采取移除侵权内容等措施以消除侵权后果的，人民法院应当根据民法通则第 130 条的规定，追究其与该网络用户的共同侵权责任（第 4 条）。

提供内容服务的网络服务提供者，对著作权人要求其提供侵权行为人在其网络的注册资料以追究行为人的侵权责任，无正当理由拒绝提供的，人民法院应当根据民法通则第一百零六条的规定，追究其相应的侵权责任(第 5 条)。

网络服务提供者明知专门用于故意避开或者破坏他人著作权技术保护措施的方法、设备或者材料，而上载、传播、提供的，人民法院应当根据当事人的诉讼请求和具体案情，依照著作权法第 47 条第 6 项的规定，追究网络服务提供者的民事侵权责任（第 6 条）。

著作权人发现侵权信息向网络服务提供者提出警告或者索要侵权行为人网络注册资料时，不能出示身份证明、著作权权属证明及侵权情况证明的，视为未提出警告或者未提出索要请求。著作权人出示上述证明后网络服务提供者仍不采取措施的，著作权人可以依照著作权法第 49 条、第 50 条的规定在诉前申请人民法院作出停止有关行为和财产保全、证据保全的裁定，也可以在提起诉讼时申请人民法院先行裁定停止侵害、排除妨碍、消除影响，人民法院应予准许（第 7 条）。

网络服务提供者经著作权人提出确有证据的警告而采取移除被控侵权内容等措施，被控侵权人要求网络服务提供者承担违约责任的，人民法院不予支持。著作权人指控侵权不实，被控侵权人因网络服务提供者采取措施遭受损失而请求赔偿的，人民法院应当判令由提出警告的人承担赔偿责任（第 8 条）

三、域名

域名是互联网络上识别和定位计算机的层次结构式的字符标识，与该计算机的互联网协议（IP）地址相对应（《中国互联网络域名管理办法》，2004 年 9 月 28 日信息产业部第 8 次部务会议审议通过，自 2004 年 12 月 20 日起施行，下称《办法》，第 3 条）。

关于域名的管理，该办法规定，中国的互联网的域名体系由信息产业部以公告形式予以公布。根据域名发展的实际情况，信息产业部可以对互联网的域名体系进行调整，并发布更新公告（《办法》第 6 条）。信息产业部鼓励和支持中文域名系统的技术研究和逐步推广应用（《办法》第 7 条）。在中华人民共和国境内设置域名根服务器及设立域名根服务器运行机构，应当经信息产业部批准（《办法》第 8 条）。

申请设置互联网域名根服务器及设立域名根服务器运行机构，应当具备以下条件：（一）具有相应的资金和专门人员；（二）具有保障域名根服务器安全可靠运行的环境条件和技术能力；（三）具有健全的网络与信息安全保障措施；（四）符合互联网络发展以及域名系统稳定运行的需要；（五）符合国家其他有关规定（《办法》第 9 条）。

申请设置域名根服务器及设立域名根服务器运行机构，应向信息产业部提交以下书面申请材料：（一）申请单位的基本情况；（二）拟运行维护的域名根服务器情况；（三）网络技术方案；（四）网络与信息安全技术保障措施的证明（《办法》第 10 条）。

在中华人民共和国境内设立域名注册管理机构和域名注册服务机构，应当经信息产业部批准（《办法》第 11 条）。

申请成为域名注册管理机构，应当具备以下条件：（一）在中华人民共和国境内设置顶级域名服务器（不含镜像服务器），且相应的顶级域名符合国际互联网域名体系和中国互联网域名体系；（二）有与从事域名注册有关活动相适应的资金和专业人员；（三）有从事互联网域名等相关服务的良好业绩和运营经验；（四）有为用户提供长期服务的信誉或者能力；（五）有业务发展计划和相关技术方案；（六）有健全的域名注册服务监督机制和网络与信息安全保障措施；（七）符合国家其他有关规定（《办法》第 12 条）。申请成为域名注册管理机构的，应当向信息产业部提交下列材料：（一）有关资金和人员的说明材料；（二）对境内的顶级域名服务器实施有效管理的证明材料；（三）证明申请人信誉的材料；（四）业务发展计划及相关技术方案；（五）域名注册服务监督机制和网络与信息安全技术保障措施；（六）拟与域名注册服务机构签署的协议范本；（七）法定代表人签署的遵守国家有关法律、政策和中国域名体系的承诺书（《办法》第 13 条）。

从事域名注册服务活动，应当具备下列条件：（一）是依法设立的企业法人或事业法人；（二）注册资金不得少于人民币 100 万元，在中华人民共和国境内设置有域名注册服务系统，且有专门从事域名注册服务的技术人员和客户服务人员；（三）有为用户提供长期服务的信誉或者能力；（四）有业务发展计划及相关技术方案；（五）有健全的网络与信息安全保障措施；（六）有健全的域名注册服务退出机制；（七）符合国家其他有关规定（《办

法》第 14 条）。申请成为域名注册服务机构，应当向信息产业部提交以下书面材料：（一）法人资格证明；（二）拟提供注册服务的域名项目及技术人员、客户服务人员的情况说明；（三）与相关域名注册管理机构或境外的域名注册服务机构签订的合作意向书或协议；（四）用户服务协议范本；（五）业务发展计划及相关技术方案；（六）网络与信息安全技术保障措施的证明；（七）证明申请人信誉的有关材料；（八）法定代表人签署的遵守国家有关法律、政策的承诺书（《办法》第 15 条）。

对申请材料齐全、符合法定形式的，信息产业部应当向申请人发出受理申请通知书；对申请材料不齐全或者不符合法定形式的，应当当场或在 5 日内一次性书面告知申请人需要补齐的全部内容；对不予受理的，应当向申请人出具不予受理通知书，并说明理由（《办法》第 16 条）。信息产业部应当自发出受理申请通知书之日起 20 个工作日内完成审查工作，作出批准或者不予批准的决定。20 个工作日内不能作出决定的，经信息产业部负责人批准，可以延长 10 个工作日，并将延长期限的理由告知申请人。予以批准的，出具批准意见书；不予以批准的，书面通知申请人并说明理由（《办法》第 17 条）。

域名注册管理机构应当自觉遵守国家相关的法律、行政法规和规章，保证域名系统安全、可靠地运行，公平、合理地为域名注册服务机构提供安全、方便的域名服务。无正当理由，域名注册管理机构不得擅自中断域名注册服务机构的域名注册服务（《办法》第 18 条）。域名注册服务机构应当自觉遵守国家相关法律、行政法规和规章，公平、合理地为用户提供域名注册服务。域名注册服务机构不得采用欺诈、胁迫等不正当的手段要求用户注册域名（《办法》第 19 条）。域名注册服务机构的名称、地址、法定代表人等登记信息发生变更或者域名注册服务机构与其域名注册管理机构的合作关系发生变更或终止时，域名注册服务机构应当在变更或终止后 30 日内报信息产业部备案（《办法》第 20 条）。

域名注册管理机构应当配置必要的网络和通信应急设备，制定切实有效的网络通信保障应急预案，健全网络与信息安全应急制度。因国家安全和处置紧急事件的需要，域名注册管理机构和域名注册服务机构应当服从信息产业部的统一指挥与协调，遵守并执行信息产业部的管理要求（《办法》第 21 条）。信息产业部应当加强对域名注册管理机构和域名注册服务机构的监督检查，纠正监督检查过程中发现的违法行为（《办法》第 22 条）。

有关域名注册，《办法》规定，域名注册管理机构应当根据本办法制定相应的域名注册实施细则，报信息产业部备案后施行（《办法》第 23 条）。域名注册服务遵循“先申请先注册”原则（《办法》第 24 条）。为维护国家利益和社会公众利益，域名注册管理机构可以对部分保留字进行必要保护，报信息产业部备案后施行。除前款规定外，域名注册管理机

构和注册服务机构不得预留或变相预留域名。域名注册管理机构和注册服务机构在提供域名注册服务过程中不得代表任何实际或潜在的域名持有者（《办法》第 25 条）。

域名注册管理机构和域名注册服务机构应当公布域名注册服务的内容、时限、费用，提供域名注册信息的公共查询服务，保证域名注册服务的质量，并有义务向信息产业部提供域名注册信息。未经用户同意，域名注册管理机构和域名注册服务机构不得将域名注册信息用于前款规定以外的其他用途，法律、行政法规另有规定的除外（《办法》第 26 条）。

任何组织或个人注册和使用的域名，不得含有下列内容：（一）反对宪法所确定的基本原则的；（二）危害国家安全，泄露国家秘密，颠覆国家政权，破坏国家统一的；（三）损害国家荣誉和利益的；（四）煽动民族仇恨、民族歧视，破坏民族团结的；（五）破坏国家宗教政策，宣扬邪教和封建迷信的；（六）散布谣言，扰乱社会秩序，破坏社会稳定的；（七）散布淫秽、色情、赌博、暴力、凶杀、恐怖或者教唆犯罪的；（八）侮辱或者诽谤他人，侵害他人合法权益的；（九）含有法律、行政法规禁止的其他内容的（《办法》第 27 条）。

域名注册申请者应当提交真实、准确、完整的域名注册信息，并与域名注册服务机构签订用户注册协议。域名注册完成后，域名注册申请者即成为其注册域名的持有者（《办法》第 28 条）。域名持有者应当遵守国家有关互联网络的法律、行政法规和规章。因持有或使用域名而侵害他人合法权益的责任，由域名持有者承担（《办法》第 29 条）。注册域名应当按期缴纳域名运行费用。域名注册管理机构应当制定具体的域名运行费用收费办法，并报信息产业部备案（《办法》第 30 条）。

域名注册信息发生变更的，域名持有者应当在变更后 30 日内向域名注册服务机构申请变更注册信息（《办法》第 31 条）。域名持有者可以选择和变更域名注册服务机构。域名持有者变更域名注册服务机构的，原域名注册服务机构应当承担转移域名持有者注册信息的义务。无正当理由，域名注册服务机构不得阻止域名持有者变更域名注册服务机构（《办法》第 32 条）。域名注册管理机构应当设立用户投诉受理热线或采取其他必要措施，及时处理用户对域名注册服务机构提出的意见；难以及时处理的，必须向用户说明理由和相关处理时限。对于向域名注册管理机构投诉没有处理结果或对处理结果不满意，或者对域名注册管理机构的服务不满意的，用户或域名注册服务机构可以向信息产业部提出申诉（《办法》第 33 条）。

已注册的域名出现下外情形之一时，原域名注册服务机构应当予以注销，并以书面形式通知域名持有者：（一）域名持有者或其代理人申请注销域名的；（二）域名持有者提交的

域名注册信息不真实、不准确、不完整的；（三）域名持有者未按照规定缴纳相应费用的；（四）依据人民法院、仲裁机构或域名争议解决机构作出的裁判，应当注销的；（五）违反相关法律、行政法规及本办法规定的（《办法》第 34 条）。

域名注册管理机构和域名注册服务机构有义务配合国家主管部门开展网站检查工作，必要时按要求暂停或停止相关的域名解析服务（《办法》第 35 条）。

有关域名争议的解决，《办法》规定，域名注册管理机构可以指定中立的域名争议解决机构解决域名争议（《办法》第 36 条）。任何人就已经注册或使用的域名向域名争议解决机构提出投诉，并且符合域名争议解决办法规定的条件的，域名持有者应当参与域名争议解决程序（《办法》第 37 条）。域名争议解决机构作出的裁决只涉及争议域名持有者信息的变更。域名争议解决机构作出的裁决与人民法院或者仲裁机构已经发生法律效力的裁判不一致的，域名争议解决机构的裁决服从于人民法院或者仲裁机构发生法律效力的裁判（《办法》第 38 条）。域名争议在人民法院、仲裁机构或域名争议解决机构处理期间，域名持有者不得转让有争议的域名，但域名受让方以书面形式同意接受人民法院裁判、仲裁裁决或争议解决机构裁决约束的除外（《办法》第 39 条）。

有关违反规定的处罚，《办法》作出了具体规定。违反本办法第 8 条、第 11 条的规定，未经行政许可擅自设置域名根服务器或者设立域名根服务器运行机构、擅自设立域名注册管理机构和域名注册服务机构的，信息产业部应当根据《中华人民共和国行政许可法》第 81 条的规定，采取措施制止其开展业务或者提供服务，并视情节轻重，予以警告或处 3 万元以下罚款（《办法》第 40 条）。

域名注册服务机构超出批准的项目范围提供域名注册服务的，由信息产业部责令限期改正；逾期不改正的，信息产业部应当根据《中华人民共和国行政许可法》第 81 条的规定，采取措施制止其提供超范围的服务，并视情节轻重，予以警告或处 3 万元以下罚款（《办法》第 41 条）。

违反本办法第 5 条、第 18 条、第 19 条、第 20 条、第 25 条、第 26 条、第 32 条、第 35 条规定的，由信息产业部责令限期改正，并视情节轻重，予以警告或处 3 万元以下罚款（《办法》第 42 条）。违反本办法第 27 条的规定，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，依照有关法律、行政法规的规定予以处罚（《办法》第 43 条）。

第十一章　劳动法与社会保障法

第一节　劳动法

劳动法是调整劳动关系以及与劳动关系有密切联系的其他社会关系的法律规范的总称。劳动关系是指在实现社会劳动过程中，劳动者与所在单位(用人单位)之间的社会劳动关系。与劳动关系有密切联系的其他关系包括管理劳动力方面的关系；社会保险方面的关系；处理劳动争议所发生的某些关系；工会组织与单位行政之间的关系；有关国家机关对执行劳动法进行监督检查而发生的关系等。

中国劳动法的渊源包括 1994 年 7 月 5 日第 8 届全国人民代表大会常务委员会第 8 次会议通过，1995 年 1 月 1 日起施行的《中华人民共和国劳动法》，也包括劳动法律、劳动行政法规、劳动行政规章、地方性劳动法规和规章，以及具有法律效力的其他规范性文件、关于劳动法的司法解释等。2007 年《中华人民共和国劳动合同法》由第 10 届全国人民代表大会常务委员会第 28 次会议于 6 月 29 日通过，自 2008 年 1 月 1 日起施行。

中国劳动法遵循若干基本原则：

第一，公民有劳动的权利与义务的原则。劳动权是指公民在法律规定的条件下，能够享有平等的就业机会权和选择职业的自主权。劳动义务是指国家提倡劳动者义务劳动；劳动者在劳动岗位上应认真履行各项劳动义务，要完成劳动任务，提高职业技能，执行劳动安全卫生规程，遵守劳动纪律和职业道德。

第二，劳动者有享受职业培训的权利与义务的原则。职业培训是指培养和提高人们直接从事各种职业所需要的专业技术、业务知识和操作技能的一种培养训练制度。分为就业前的职业培训和在职职业培训。宪法第 42 条规定，国家对就业前的公民进行必要的劳动就业训

练。第 19 条规定，国家发展职业教育，对工人、农民、国家工作人员和其他劳动者进行政治、文化、科学、技术、业务的教育。

第三，劳动者享有按劳分配和社会保险的权利的原则。宪法第 45 条规定，中华人民共和国公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下，有从国家和社会获得物质帮助的权利。国家发展为公民享受这些权利所需要的社会保险、社会救济和医疗卫生事业。宪法第 44 条规定，国家依照法律规定实行企业事业组织的职工和国家机关工作人员的退休制度。退休售货员的生活受到国家和社会的保障。

第四，劳动者享有休息和劳动安全卫生保护的权利的原则。休息权是指劳动者除了规定的工作时间以外可以自行支配时间的权利。宪法第 43 条规定，中华人民共和国劳动者有休息的权利。国家发展劳动者休息和休养的设施，规定职工的工作时间和休假制度。劳动安全卫生是指对劳动者在劳动过程中的安全和健康的法律保障。宪法第 42 条规定，国家通过各种途径加强劳动保护，改善劳动条件。

第五，劳动者有组织工会和民主参与权利的原则。宪法第 35 条规定，中华人民共和国公民有结社的自由。宪法第 16 条、第 17 条规定，国有企业依照法律规定，通过职工代表大会和其他开工，实行民主管理。集体经济组织依照法律规定实行民主管理，由它的全体劳动者选举和罢免管理售货员，决定经营管理的重大问题。职工代表大会有审议权、否决权、决定权、评议监督权、选举权。

第六，在劳动方面男女平等、民族平等的原则。宪法第 48 条规定，中华人民共和国妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活等各方面享有同男子平等的权利。

第七，提请处理劳动争议的权利的原则。劳动争议是指劳动法律关系当事人之间因劳动权利和劳动义务发生分歧而引起的争议。因为劳动争议处理程序具有特殊性，中国法律规定了强制性的前置程序，就是先要向劳动争议仲裁委员会提出仲裁。如果对仲裁部门的裁决不服可以在规定的时限内向人民法院提起诉讼。先仲裁，大大减少了起诉到法院的案件数量。

第二节　劳动合同

一、概述

劳动合同是指劳动者与用人单位之间为确立劳动关系，依法协商达成的双方权利与义务的协议。劳动合同是劳动者与用人单位确立劳动关系、明确双方权利与义务的协议。订立和变更劳动合同，应当遵循平等自愿、协商一致的原则，不得违反法律、行政法规的规定。

劳动合同的主体双方一方是劳动者，另一方是用人单位。中国对劳动者和用人单位都是有限制的。劳动者一般应当是年满 16 周岁的人。

中国对用人单位也有具体的限制性要求。首先，用人单位在地域上有具体要求，即必须在中华人民共和国领域内有办事机关。其次，用人单位应当经过依法登记，未经登记的单位或没有用工资格的单位，不能与劳动者签订劳动合同。

劳动合同订立是指劳动者和用人单位经过相互选择和平等协商，就劳动合同条款达成协议，从而确立劳动关系和明确相互权利义务的法律行为。

根据《劳动合同法》第 17 条规定，劳动合同应当具备以下条款：（一）用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人；（二）劳动者的姓名、住址和居民身份证或者其他有效身份证件号码；（三）劳动合同期限；（四）工作内容和工作地点；（五）工作时间和休息休假；（六）劳动报酬；（七）社会保险；（八）劳动保护、劳动条件和职业危害防护；（九）法律、法规规定应当纳入劳动合同的其他事项。劳动合同除前款规定的必备条款外，用人单位与劳动者可以约定试用期、培训、保守秘密、补充保险和福利待遇等其他事项。

劳动合同履行，是指在劳动合同生效后，双方当事人按照劳动合同的约定，履行劳动义务，实现劳动权利的行为。《劳动合同法》第 3 条规定，依法订立的劳动合同具有约束力，用人单位与劳动者应当履行劳动合同约定的义务。劳动合同的履行是劳动合同的核心内容，当事人之所以订立劳动合同，目的是保障劳动合同的正确履行，以最终实现订立劳动合同的目的。中国有关司法解释及《劳动合同法》第 33 条、第 34 条规定了劳动合同履行的一些特殊情形：1、用人单位变更名称、法定代表人、主要负责人或者投资人等事项，不影响劳动合同的履行。2、用人单位发生合并或者分立等情况，原劳动合同继续有效，劳动合同由承继其权利和义务的用人单位继续履行。

二、劳动合同的效力

依法订立的劳动合同，其生效时间始于合同签订之日，如果该劳动合同需要鉴证或公证的，其生效时间始于鉴证或公证之日。

《劳动法》第 18 条规定下列劳动合同无效：1、违反法律、行政法规的劳动合同；2、采取欺诈、威胁等手段订立的劳动合同。无效合同又分为全部无效和部分无效。无效的劳动合同，从订立的时候起就没有法律约束力。确认劳动合同部分无效的，如果不影响其余的效力，其余部分仍然有效。

三、劳动合同的变更

劳动合同的变更是指劳动合同依法订立后，在合同尚未履行或者尚未履行完毕之前，经用人单位和劳动者双方当事人协商同意，对劳动合同内容作部分修改、补充或者删减的法律行为。劳动合同的变更是原劳动合同的派生，是双方已存在的劳动权利义务关系的发展。

根据《劳动法》第 16 条和第 3 条的规定，劳动合同由用人单位与劳动者协调一致，并经用人单位与劳动者在劳动合同文本上签字或者盖章生效。因此，劳动合同一经依法订立，即具有法律约束力，受法律保护，双方当事人应当严格履行，任何一方不得随意变更劳动合同约定的内容。但在，当事人在订立合同时，有时不可能对涉及合同的所有问题都做出明确的规定；合同订立后，在履行劳动合同的过程中，由于社会生活和市场条件的不断变化，订立劳动合同所依据的客观情况发生变化，使得劳动合同难于履行或者难于全面履行，或者使合同的履行可能造成当事人之间权利义务的不平衡，这就需要用人单位和劳动者双方对劳动合同的部分内容进行适当的调整。否则，在劳动合同与实际情况相脱节的情况下，若继续履行，由可能会对当事人的正当利益造成损害。因此本法允许当事人在一定条件下可以变更劳动合同。双方当事人可以依据有关法律法规的规定，经协商一致，就劳动合同的部分条款进行修改、补充或者删减，通过对双方权利义务关系重新进行调整和规定，使劳动合同适应变化发展了的新情况，从而保证劳动合同的继续履行。

劳动合同的变更是在原合同的基础上对原劳动合同内容作部分修改、补充或者删减，而不是签订新的劳动合同。原劳动合同未变更的部分仍然有效，变更后的内容就取代了原合同的相关内容，新达成的变更协议条款与原合同中其他条款具有同等法律效力，对双方当事人都有约束力。

劳动合同变更的情形有：

1、根据本条的规定，在一般情况下，只要用人单位与劳动者协商一致，即可变更劳动合同约定的内容。

2、根据本法第 40 条第 3 款的规定，劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的，用人单位在提前 30 日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者 1 个月工资后，可以解除劳动合同。

四、劳动合同的解除

劳动部《关于劳动法若干问题的意见》第 26 条规定，劳动合同的解除是指劳动合同订立后，尚未全部履行以前，由于某种原因导致劳动合同一方或双方当事人提前消灭劳动关系的法律行为。劳动合同的解除分为协商解除、法定解除和约定解除 3 种；根据《劳动法》的规定，劳动合同既可以由单方依法解除，也可以双方协商解除；法定解除是指出现国家法律、法规或合同规定的可以解除劳动合同的情况时，不需双方当事人一致同意，合同效力可以自然或单方提前终止；约定解除是指合同双方当事人因某种原因，在完全自愿的情况下．互相协商，在彼此达成一致的基础上提前终止劳动合同的效力。

解除劳动合同是劳动合同从订立到履行过程中可以预见的中间环节，依法解除劳动合同是维护劳动合同双方当事人正当权益的重要保证。

根据解除劳动合同的情形的不同，用人单位应向劳动者支付一次性的经济补偿金的标准也有所不同：

1、双方协商解除。双方协商解除的条件：一是双方自愿，二是平等协商；三是是不得损害另一方利益。双方协商解除劳动合同，必须达成解除劳动合同的书面协议。这种情况下，用人单位应根据劳动者在本单位工作年限，每满 1 年发给相当于 1 个月工资的经济补偿金，最多不超过 12 个月。工作时间不满 1 年的按 1 年的标准发给经济补偿金。

2、根据《劳动法》规定，用人单位可以单方解除劳动合同的有以下 3 种情况：

《劳动法》第 25 条规定，劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：（1）在试用期间被证明不符合录用条件的；（2）严重违反劳动纪律或用人单位规章制度的；（3）严重失职.营私舞弊.对用人单位利益造成重大损害的；（4）被依法追究刑事责任的。

《劳动法》第 26 条规定，有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同，但是应当提前 30 日以书面形式通知劳动者本人：（1）劳动者患病或非应工负伤，医疗期满后，不能从事原工作也不能从事由用人单位另行安排的工作的；（2）劳动者不能胜任工作，经过培

训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；（3）劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使原劳动合同无法履行，经当事人协商不能就变更劳动合同达成协议的。

《劳动法》第 27 条规定，用人单位濒临破产进行法定整顿期间或者生产经营发生严重困难，确需裁减人员的，应当提前 30 日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见，经向劳动保障行政部门报告后，可以裁减人员（单方解除劳动合同）。

3、根据《劳动法》规定，在以下两种情况下，劳动者亦可以单方解除劳动合同：

《劳动法》第 31 条规定，提前 30 日以书面形式通知用人单位，劳动合同即可解除劳动合同。

依据《劳动法》第 32 条规定，有下列情形之一的，劳动者可随时通知用人单位解除劳动合同：（1）在试用期内的；（2）用人单位以暴力.威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动的；（3）用人单位未按照劳动合同约定支付劳动报酬或者提供劳动条件的。。

在这四种情况下，用人单位可以不支付劳动者经济补偿金，也不受《劳动法》第 29 条规定的单位不得解除合同的情形的限制。

对于经济补偿金的支付，有几种例外情况：

（1）根据《民法通则》第 44 条第 2 款"企业法人分立、合并，它的权利与义务由变更后的法人享有和承担"的规定，用人单位发生分立或合并后，分立或合并后的用人单位可依据实际情况与原用人单位的劳动者遵循平等自愿、协商一致的原则变更、解除或重新签订劳动合同。在此情况下重新签订的劳动合同视为原劳动合同的变更，用人单位变更劳动合同，劳动者不能要求经济补偿。

（2）劳动合同期满或当事人约定的劳动合同终止条件出现，劳动合同即行终止，用人单位可不支付劳动者经济补偿金。国家另有规定或双方另有约定的，可以从其规定或约定。

（3）劳动者在试用期内通知用人单位解除劳动合同，用人单位可以不支付经济补偿金，但应按照劳动者的实际工作天数支付工资。

《劳动法》第 29 条规定，劳动者有下列情形之一的，单位不得依第 26 条和第 27 条的规定解除劳动合同：1、患职业病或因负伤并被确认丧失或部分丧失劳动能力的。2、患病或负伤，在规定的医疗期内的。根据劳动部《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》，医疗期的具体标准为（1）实际工作年限（连续工龄）10 年以下的，在本单位工作年限（本企业工龄）5 年以下的医疗期为 3 个月；本企业工龄 5 年以上的医疗期为 6 个月。（2）连续工龄 10 年以上的，本企业工龄 5 年以下的医疗期为 6 个月；本企业工龄 5 年以上 10 年以下的医疗期为 9 个月；本企业工龄 10 年以上 15 年以下的医疗期为 12 个月；本企业工龄 15

年以上20年以下的医疗期为18个月；本企业工龄20年以上的医疗期为24个月。上述本企业工龄应包括试用期在内。3、女职工在孕期、产期、哺乳期的。4、法律、行政法规规定的其他情形。如果劳动者在医疗期、孕期、产期和哺乳期内，劳动合同期限届满，用人单位不得终止劳动合同。劳动合同的期限自动延续至医疗期、孕期、产期和哺乳期满为止。

四、没有劳动合同的事实劳动关系

根据《劳动法》第16 条和第19 条的规定，凡是形成劳动关系的劳动者和用人单位之间都应该订立书面的劳动合同。在现实生活中，没有劳动合同的用工关系也大量存在。

《劳动法》第98 条规定，用人单位违反本法规定的条件解除劳动合同或者故意拖延不订立劳动合同的，由劳动行政部门责令改正；对劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。劳动部的有关规章（劳部发[1995]309 号、劳部发[1995]223 号、劳部发[1996]354 号）也规定，用人单位与劳动者之间形成了事实劳动关系，而用人单位故意拖延不订立劳动合同，即招用后故意不按规定订立劳动合同及劳动合同到期后故意不及时续订劳动合同，给劳动者造成损害的，应赔偿劳动者损失。有固定期限的劳动合同期满后，因用人单位方面的原因未办理终止或续订手续而形成了事实劳动关系的，视为续订劳动合同。用人单位应及时与劳动者协商办理续订手续。由此给劳动者造成损失的，该用人单位应当依法承担赔偿责任。

五、劳动合同的终止

终止劳动合同是指企业劳动合同法律效力的终止，也就是双方当事人之间劳动关系的终结，彼此之间原有的权利和义务关系不复存在。《劳动法》对劳动合同的终止规定了两种情况：一是劳动合同期限届满，合同即告终止，这里主要是针对有固定期限的劳动合同和以完成一定工作为期限的劳动合同；二是当事人约定的合同终止条件出现，劳动合同即告终止，这种情况既适用于有固定期限和以完成一定工作为期限的劳动合同，也同时适用于无固定期限的劳动合同，属于约定终止。

第37条有下列情形之一的，劳动合同终止：（一）劳动合同期满，或者劳动合同约定的终止条件出现的；（二）劳动者已开始依法享受基本养老保险待遇的；（三）劳动者死亡，或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪的；（四）用人单位歇业、解散的；（五）用人

单位被依法宣告破产、被吊销营业执照或者被责令关闭的；（六）法律、行政法规规定的其他情形。

不得终止劳动合同的情况：(1)《工会法》规定，基层工会专职主席、副主席或者委员自任职之日起，其劳动合同期限自动延长，延长期限相当于其任职期间;非专职主席、副主席或者委员自任职之日起，其尚未履行的劳动合同期限短于任期的，劳动合同期限自动延长至任期期满。但是，任职期间个人严重过失或者达到法定退休年龄的除外。(2)劳动和社会保障部等部门《关于进一步推行平等协商和集体合同制度的通知》规定，参与集体协商签订集体合同的职工协商代表在任期内，劳动合同期满的，企业原则上应当与其续签劳动合同至任期届满。(3)原劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》规定，除《劳动法》第 25 条规定的情形外，劳动者在医疗期、孕期、产期和哺乳期内，劳动合同期限届满时，用人单位不得终止劳动合同。劳动合同的期限应自动延续至医疗期、孕期、产期和哺乳期期满为止。(4)国务院《工伤保险条例》规定，用人单位不得终止伤残程度为 1~6 级的工伤职工的劳动合同。不过，伤残程度为 5 或 6 级的，经工伤职工本人提出，该职工可以与用人单位解除或者终止劳动关系，由用人单位支付一次性工伤医疗补助金和伤残就业补助金。(5)《职业病防治法》规定，用人单位对未进行离岗前职业健康检查的劳动者不得解除或者终止与其订立的劳动合同;用人单位在疑似职业病病人诊断或者医学观察期间，不得解除或者终止与其订立的劳动合同。

六、违反劳动合同的法律责任

（一）用人单位的责任

（1）由于用人单位的原因订立的无效合同，给劳动者造成损害的，承担赔偿责任；（2）用人单位违反《劳动法》规定的条件解除劳动合同或者故意拖延不订立劳动合同的，由劳动行政部门责令改正；给劳动者造成损害的，应承担赔偿责任；（3）用人单位克扣或者无故拖欠劳动者工资的，以及拒不支付劳动者延长工作时间工资报酬的，除在规定的时间内全额支付劳动者工资报酬外，另加发工资的 25%的经济补偿金。（4）用人单位支付劳动者的工资报酬低于当地工资标准的，要在补足，另外支付低于部分 25%的经济补偿金；（5）危害劳动者身体健康，造成职业病、致伤致残的，按国家规定的条件给予医疗并保证其享受其他保险待遇；（6）用人单位招用尚未解除劳动合同的劳动者，给原用人单位造成

经济损失的，该用人单位应承担连带赔偿责任；（7）对于滥用职权，侵犯劳动者合法权益的，或者打击报复陷害劳动者的，应分别给予行政处分，追究刑事责任。

（二）劳动者的责任

（1）劳动者违反《劳动法》规定的条件解除劳动合同或者违反劳动合同中约定的保密事项，给用人单位造成经济损失的，应承担赔偿责任；（2）对于违反劳动纪律达到一定程度的，应分别情况给予行政处分或经济处罚；（3）违法行为情节严重，触犯刑律的，由司法机关依法刑事责任。

七、集体合同

（一）集体合同的概念

集体合同是指企业职工一方与用人单位就劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利等事项，通过平等协商达成的书面协议。根据国际劳工组织第 91 号建议书《集体合同建议书》第 2 条第 1 款规定，以一个雇主或一群雇主，或者一个或几个雇主组织为一方，一个或几个有代表性的工人组织为另一方，如果没有这样的工人组织，则根据国家法律和法规由工人正式选举并授权的代表为另一方，上述各方之间缔结的关于劳动条件和就业条件的一切书面协议，称为集体合同。《劳动合同法》第 51 条规定，企业职工一方与用人单位通过平等协商，可以就劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利等事项订立集体合同。

（二）集体合同的签订

1、集体合同的签订应建立在集体协商的基础上。集体协商是指企业工会或职工代表与相应的企业代表，为签订集体合同进行商谈的行为。集体协商应遵守法律、法规的规定和平等、合作的原则。

2、集体协商的内容、时间、地点应由双方共同商定。在不违反有关保密规定和不涉及企业商业秘密的前提下，协商双方有义务向对方提供与集体协商有关的情况或资料。

3、集体合同的期限为 1 至 3 年，合同期限内，双方代表可对集体合同内容进行变更或解除。由于签订集体合同的环境和条件发生变化，致使集体合同难以履行时，集体合同任何一方均可提出变更或解除集体合同的要求。一方提出变更或修订或解除集体合同时，另一方应给予答复，并在 7 天内双方进行协商 .

4、集体合同的签订应建立在集体协商的基础上。由企业工会（未建立工会的由职工民主推举的代表或上级工会组织委派代表）代表职工一方与用人单位指派的代表，就劳动条件、劳动报酬、福利待遇等进行协商，达成一致后形成集体合同草案，提交职工代表大会或全体职工讨论，经讨论通过，由协商双方首席代表签字。并在签字后10日内将集体合同文本报劳动保障行政部门审查。集体协商的内容、时间、地点应由双方共同商定。在不违反有关保密规定和不涉及用人单位商业秘密的前提下，协商双方有义务向对方提供与集体协商有关的情况或资料。集体合同的期限一般为1至3年，合同期限内，双方代表可对集体合同内容进行调整。双方协商代表协商一致或由于签订集体合同的环境和条件发生变化，致使集体合同难以履行时，可以变更或解除集体合同。

（三）集体合同中的集体协商

劳动和社会保障部2004年颁布的《集体合同规定》第4条规定用人单位与本单位职工签订集体合同或专项集体合同，以及确定相关事宜，应当采取集体协商的方式。集体合同的订立主体是职工和用人单位：(1)职工是集体合同的主体，其共同要求代表其利益的工会或者职工代表与用人单位进行协商。(2)用人单位也是集体合同的主体之一。

（四）集体合同订立的程序

集体合同订立的程序，是指集体合同从协商到合同成立生效所经过的过程。一般而言，集体合同的签订都必须经过以下程序：一是制定集体合同草案；二是审议；三是签字；四是登记备案；五是公布。

(1)制定集体合同草案：集体合同应由工会代表职工与企业签订，没有建立工会的企业，由职工推举的代表与企业签订。一般情况下，各个企业应当成立集体合同起草委员会或者起草小组，主持起草集体合同。起草委员会或者起草小组由企业行政和工会各派代表若干人，推行工会和企业行政代表各一人为主席或组长和副主席或副组长。起草委员会或者起草小组应当深入进行调查研究，广泛征求各方面的意见和要求，提出集体合同的初步草案。

(2)审议：将集体合同草案文本提交职工大会或职工代表大会审议。职工大会或职工代表大会审议时．由企业经营者和工会主席分别就协议草案的产生过程、依据及涉及的主要内容作说明，然后由职工大会或职工代表大会对协议草案文本进行讨论．作出审议决定。《集体合同规定》第36条规定，经双方协商代表协商一致的集体合同草案或专项集体合同草案应当提交职工代表大会或者全体职工讨论。职工代表大会或者全体职工讨论集体合同草案或专项集体合同草案，应当有三分之二以上职工代表或者职工出席，且须经全体职工代表半数以上或者全体职工半数以上同意，集体合同草案或专项集体合同草案方获通过。

(3)签字：集体合同草案经职工大会或职工代表大会审议通过后，由双方首席代表签字或盖章。

(4)登记备案：集体台同签订后，应将集体合同的文本及其各部分附件一式三份提请县级以上劳动行政主管部门登记备案。劳动行政部门有审查集体合同内容是否合法的责任，如果发现集体合同中的项目与条款有违法、失实等情况，可不予登记或暂缓登记，发回企业对集体合同进行修正。如果劳动行政部门在收到集体合同文本之日起 15 日内，没有提出意见．集体合同印发生法律效力，企业行政、工会组织和职工个人均应切实履行。

(5)公布：集体台同一经生效．企业应及时向全体职工公布。

（五）集体合同的法律效力

集体合同的法律效力是指集体合同的法律约束力。劳动法》第 35 条规定，依法签订的集体合同对企业和企业全体职工具有约束力。职工个人与企业订立的劳动合同中劳动条件和劳动报酬等标准不得低于集体合同的规定。《劳动合同法》第 54 条第 2 款规定，依法订立的集体合同对用人单位和劳动者具有约束力。行业性、区域性集体合同对当地本行业、本区域的用人单位和劳动者具有约束力。

（六）集体合同的变更与解除

所谓集体合同的变更，是指双方当事人在集体合同没有履行或虽已开始履行但尚未完全履行之前，因订立集体合同的主客观条件发生了变化，依照法律规定的条件与程序，对原合同中的部分条款进行修改、补充的法律行为。所谓集体合同的解除，是指集体合同依法签订后，未履行完牛前，由于某种原因导致当事人一方或双方提前终止集体合同的法律效力，停止履行双方劳动权利义务关系的法律行为。

集体合同的变更或者解除可以分为法定和约定的变更和解除。《集体合同规定》第 39 条规定，只需要双方意思表示一致即可以变更或者解除集体合同。第 40 条规定，有下列情形之一的，可以变更或解除集体合同或专项集体合同：（1）用人单位因被兼并、解散、破产等原因，致使集体合同或专项集体合同无法履行的；（2）因不可抗力等原因致使集体合同或专项集体合同无法履行或部分无法履行的；（3）集体合同或专项集体合同约定的变更或解除条件出现的；（4）法律、法规、规章规定的其他情形。

《集体合同规定》第 41 条规定，变更或解除集体合同或专项集体合同适用本规定的集体协商程序。

集体合同的终止，是指双方当事人约定的集体合同期满或者集体合同终止条件出现，以及集体合同一方当事人不存在，无法继续履行劳动合同时，立即终止劳动合同的法律效力。

《集体合同规定》第 38 条规定，集体合同或专项集体合同期限一般为 1-3 年，期满或双方约定的终止条件出现，即行终止。集体合同或专项集体合同期满前 3 个月内，任何一方均可向对方提出重新签订或续订的要求。

第三节 工资和工作时间

工资和工作时间、劳动保护都属于劳动基准法的范畴。

一、工资

（一）工资的法律含义

在劳动法范畴，劳动报酬主要是通过工资形式表现的，中国《工资支付暂行规定》和《对有关问题的补充规定》中规定，工资是指用人单位依据劳动合同规定，以各种形式支付给劳动者的工资报酬。工资应当以法定货币支付。不得以实物及有价证券替代货币支付。

（二）工资的法律保障

1、工资处理不受干涉。任何人不得限制和干涉雇员处理其工资的自由。雇主不得以任何方法要求甚至强迫雇员到雇主或者其他任何人的商店购买商品，也不得强迫工人接受雇主提供的劳动服务。任何限定工资使用地点和方式的协议都是非法的、无效的。

2、禁止克扣和无故拖欠劳动者工资

（1）工资不得扣除。任何组织和个人无正当理由不得克扣和拖欠劳动者的工资。克扣和拖欠劳动者工资，是一种侵权行为。中国《劳动法》第 50 条规定，不得克扣或者无故拖欠劳动者工资。所谓克扣劳动者的工资，是指在正常情况下，劳动者依法律或者合同规定完成了生产工作任务，用人单位未能足够支付规定的报酬，或借故不全部支付劳动者工资。所谓拖欠劳动者工资，是指用人单位在规定时间内未支付劳动者工资。通常，劳动者和用人单位在一个工资支付周期内会事先商量具体付薪时间，并形成制度，超过商定付薪时间未能支付工资，即为拖欠工资。

（2）扣除工资的限制。为保证雇员最低生活水平，各国法律都规定对工资的扣除要有一定的比例，或者规定工资的扣除要保持在一定的限度内，低于一定限度的工资不得扣除。

中国《工资支付暂行规定》指出，因劳动者原因给用人单位造成经济损失的，用人单位可按照劳动合同的约定要求赔偿经济损失。经济损失的赔偿，可从劳动者本人的工资中扣除，但每月扣除部分不得超出劳动者当月工资的 20%。若扣除后的剩余工资部分低于当月最低工资标准，则按最低工资标准支付。

（3）代扣工资的限制。用人单位可以代扣劳动者工资的情形主要是：用人单位代扣代缴个人所得税；用人单位代扣代缴应由劳动者个人负担的各项社会保险费用；法院判决、裁定中要求代扣的抚养费、赡养费；法律、法规规定从劳动者工资中扣除的其他费用。

3、特别情形下工资的支付

（1）加班加点的工资。 用人单位依法安排劳动者在法定标准工作之外延长工作时间的，按照不低于劳动合同规定的劳动者本人小时工资标准的 150%支付劳动者工资； 用人单位依法安排劳动者在法休息日工作，而又不能安排补休的，按照不低于劳动合同规定的劳动者本人日或小时工资标准的 200%支付劳动者工资； 用人单位依法安排劳动者在法定休假日工作的，按照不低于劳动合同规定的劳动者本人日或小时工资标准的 300%支付劳动者工资。

（2）履行国家和社会义务期间的工资。劳动者在法定工作时间内依法参加社会活动期间，用人单位应视同其提供了正常劳动而支付工资。社会活动包括：依法行使选举权或被选举权；当选代表出席乡（镇）、区以上政府、党派、工会、青年团、妇女联合会等组织召开的会议；出任人民法庭证明人；出席劳动模范、先进工作者大会；《工会法》规定的不脱产工会基层委员会委员因工作活动占用的生产或工作时间；其他依法参加的社会活动。

（3）年休假、探亲假、婚假、丧假期间工资。劳动者依法享有年休假、探亲假、婚假、丧假期间，用人单位应按劳动合同规定的标准支付劳动者工资。

（4）停工、停产期间的工资。非因劳动者原因造成单位停工、停产在一个工资支付周期内的，用人单位应按劳动合同规定的标准支付劳动者工资。超过一个工资支付周期的，若劳动者提供了正常劳动，则支付给劳动者的劳动报酬不得低于当地的最低工资标准；若劳动者没有提供正常活动，应按国家有关规定办理。

（5）破产时工资优先权。根据《工资支付暂行规定》，用人单位依法破产时，劳动者有权获得其工资。在破产清偿时用人单位应按《中华人民共和国企业破产法》规定的清偿顺序，首先支付欠付本单位劳动者的工资。

（6）工资的诉讼保护。对用人单位非法扣除劳动者工资或拖欠支付应发工资的，劳动者可依法向有关部门提出申诉或起诉，用人单位对此不得采取报复措施，拒绝支付工资、减发工资或开除劳动者。劳动保障行政部门有权监察用人单位工资支付情况。

（7）劳动者与用人单位因工资支付发生劳动争议的，当事人可依法向劳动争议仲裁机关申请仲裁。对仲裁裁决不服的，可以向人民法院提起诉讼。

二、工作时间

（一）工作时间的法律规定

中国劳动法规定的工时制度有 3 种，即标准工时制、综合工时制和不定时工时制。综合工时制是指分别以周、月、季、年等为周期，综合计算工作时间，但其平均工作时间和平均周工作时间应与法定标准工作时间基本相同。

1、标准工作时间制

《劳动法》第 36 条规定，“国家实行劳动者每日工作时间不超过 8 小时，平均每周工作时间不超过 44 小时的工时制度。”1995 年国务院修订了《关于职工工作时间的规定》规定，职工每日工作 8 小时，每周工作 40 小时。要求在 1997 年 5 月 1 日前所有企业都必须执行，在 1996 年 5 月 1 日前所有事业单位都必须执行。对于实行计件工作的劳动者，用人单位应根据标准工时制度合理确定其劳动定额和计件报酬标准。

2、非标准工作时间制

《劳动法》第 39 条规定，企业因生产特点不能实行标准工时制的，经劳动行政部门批准，可以实行其他工作和休息办法。其中，中央直属企业、企业化管理的事业单位实行不定时工作制和综合计算工作时间制等其他工作和休息办法的，须经国务院行业主管部门审核，报国务院劳动行政部门批准。地方企业实行不定时工作制和综合计算工时工作制等其他工作和休息办法的审批办法，由省、自治区、直辖市人民政府劳动行政部门制定，报国务院劳动行政部门备案。

（1）综合计算工时工作制

综合计算工时工作制是针对因工作性质特殊，需连续作业或受季节及自然条件限制的企业的部分职工，采用以周、月、季、年等为综合计算工作时间的一种工时制度，但其平均日工作时间和平均周工作时间应与法定标准工作时间基本相同。

根据劳动部 1994 年 12 月 14 日发布的《关于企业实行不定时工作制和综合计算工时工作制审批办法》的规定，企业对符合下列条件之一的职工，可实行综合计算工时工作制，即分别以周、月、季、年等为周期，综合计算工作时间，但其平均日工作时间和平均周工作时间应与法定标准工作时间基本相同。（一）交通、铁路、邮电、水运、航空、渔业等行业中因工作性质特殊，需连续作业的职工；（二）地质及资源勘探、建筑、制盐、制糖、旅游等受季节和自然条件限制的行业的部分职工；（三）其他适合实行综合计算工时工作制的职工（第 5 条）。

（2）不定时工作制

根据《审批办法》第 4 条的规定，企业对符合下列条件之一的职工，可以实行不定时工作制。（一）企业中的高级管理人员、外勤人员、推销人员、部分值班人员和其他因工作无法按标准工作时间衡量的职工；（二）企业中的长途运输人员、出租汽车司机和铁路、港口、仓库的部分装卸人员以及因工作性质特殊，需机动作业的职工；（三）其他因生产特点、工作特殊需要或职责范围的关系，适合实行不定时工作制的职工。

对于实行不定时工作制和综合计算工时工作制等其他工作和休息办法的职工，企业应在保障职工身体健康并充分听取职工意见的基础上，采用集中工作、集中休息、轮休调休、弹性工作时间等适当方式，确保职工的休息休假权利和生产、工作任务的完成（第 6 条）。

(3)缩短工作日是指法定的在特殊条件下实行的工作时间少于标准工作日的时间。

特殊条件下的缩短工作日是指在严重有害健康和劳动条件恶劣以及对女工和未成年工实行特殊保护的条件下，少于标准工作日时数的工作日。中国实行缩短工作日有如下几种：

《国务院关于职工工作时间的规定》第 4 条规定，在特殊情况下从事劳动和有特殊情况，需要适当缩短工作时间的，按照国家有关规定执行。所谓缩短工作日，是指在特殊条件下实行的工作时间少于标准工作日长度的工作日。在中国，目前允许实行缩短工作日的情形主要有：(1)夜班，实行三班制的企业，从事夜班工作的时间比白班减少 1 小时。夜班通常指当日晚上 10 点至次日早晨 6 点之间。(2)特定岗位，从事矿山井下作业、高山作业、严重有毒有害作业、特别繁重和过度紧张的体力劳动的职工，每个工作日的时间要少于八小时。如煤矿井下实行四班每班 6 小时工作制，化工行业对从事有毒有害作业的工人，根据生产的特点和条件，分别实行“三工一体”制或 6 至 7 小时工作制。(3)哺乳期女工，《女职工劳动保护规定》第 9 条规定，有不满 1 周岁婴儿的女职工，在每班劳动时间内给予其两次哺乳(含人工喂养)时间，每次 30 分钟。哺乳时间和在本单位内哺乳往返途中的时间，算作劳动

时间。(4)对于从事长久站立、蹲坐、行走等工作的怀孕 7 个月以上的女工，给以工间休息。(5)未成年工，未成年工应实行少于标准工作日制度。

缩短工时后，能否保证完成生产和工作任务。根据劳动部 1995 年 3 月 25 日《关于贯彻<国务院关于职工工作时间的规定>的实施办法》第四条规定：在特殊条件下从事劳动和有特殊情况，需要在每周工作 40 小时的基础上再适当缩短工作时间的，应在保证完成生产和工作任务的前提下，由企业根据实际情况决定。

（二）延长工作时间的法律规定

用人单位由于生产经营的需要，经与工会、劳动者协商后可以延长工作时间。但单位延长劳动者的工作时间是有限制的：一般每日延长不得超过 1 小时；因特殊原因需要延长工作时间的，在保障劳动者身体健康的条件下每日延长不得超过 3 小时，但每月不得超过 36 小时。

《劳动法》第 42 条规定，在下列情形下，工作时间的延长是不受限制的：发生自然灾害、事故或因其他原因，威胁劳动者生命健康和财产安全，需要紧急处理的；生产设备、交通运输线路、公共设施发生故障，影响生产和公众利益，必须及时抢修的；法律、法规规定的其他情形。

劳动法规定，用人单位应当支付高于劳动者正常工工资的报酬：安排劳动者延长工作时间的，支付不低于工资的 150%的工资报酬；安排劳动者在休息日工作又不能安排补休的，支付不低于工资 200%的报酬；安排劳动者在法定节假日工作的，支付不低于工资的 300%的工资报酬。

（三）休息休假法律制度

为了保证劳动者的休息权落到实处，《劳动法》具体规定了劳动者休息时间的长度和种类，具体可分为如下 6 种：

1、工作日内的间歇时间。这是指劳动者在每个工作日应有的休息和用膳时间，即午休时间。间歇时间一般不少于半个小时；实行单班制或双班制的企业，间歇时间应规定在工作开始后 4 小时；对怀孕 7 个月的女职工应给予工间休息时间。

2、两个工作日间的休息时间。一般为 15 至 16 小时，无特殊情况应保障职工连续使用不得间断。

3、每周公休假日。国家机关、企业事业单位实行统一的工作和休息时间，每周的星期六和星期日为休息日。对于因生产工作需要等不能在公休假日休息的，可使职工在一周内的其他时间轮流休息。

4、法定节假日。包括元旦、春节、国际劳动节、国庆节以及法律法规规定的其他休假节日。对这些法定节假日期间劳动者休假时间的长短，应依照国务院的通知或规定统一安排，用人单位不能随意缩短。

5、年休假。《劳动法》规定，劳动者连续工作 1 年以上的，享受带薪年休假。2007 年 12 月 7 日国务院通过，自 2008 年 1 月 1 日起施行了《职工带薪年休假条例》。《企业职工带薪年休假实施办法》于 2008 年 7 月 17 日经人力资源和社会保障部通过，2008 年 9 月 18 日公布实施。

机关、团体、企业、事业单位、民办非企业单位、有雇工的个体工商户等单位的职工连续工作 1 年以上的，享受带薪年休假。职工累计工作已满 1 年不满 10 年的，年休假 5 天；已满 10 年不满 20 年的，年休假 10 天；已满 20 年的，年休假 15 天。国家法定休假日、休息日不计入年休假的假期。

职工有下列情形之一的，不享受当年的年休假：（一）职工依法享受寒暑假，其休假天数多于年休假天数的；（二）职工请事假累计 20 天以上且单位按照规定不扣工资的；（三）累计工作满 1 年不满 10 年的职工，请病假累计 2 个月以上的；（四）累计工作满 10 年不满 20 年的职工，请病假累计 3 个月以上的；（五）累计工作满 20 年以上的职工，请病假累计 4 个月以上的。

单位根据生产、工作的具体情况，并考虑职工本人意愿，统筹安排职工年休假。 年休假在 1 个年度内可以集中安排，也可以分段安排，一般不跨年度安排。单位因生产、工作特点确有必要跨年度安排职工年休假的，可以跨 1 个年度安排。 单位确因工作需要不能安排职工休年假的，经职工本人同意，可以不安排职工休年假。对职工应休未休假天数，单位应当按照该职工日工资收入的 300%支付年休假工资报酬。

单位不安排职工休年休假又不依照本条例规定给予年休假工资报酬的，由县级以上地方人民政府人事部门或者劳动保障部门依据职权责令限期改正；对逾期不改正的，除责令该单位支付年休假工资报酬外，单位还应当按照年休假工资报酬的数额向职工加付赔偿金；对拒不支付年休假工资报酬、赔偿金的，属于公务员和参照公务员法管理的人员所在单位的，对直接负责的主管人员以及其他直接责任人员依法给予处分；属于其他单位的，由劳动保障部门、人事部门或者职工申请人民法院强制执行。

6、探亲假。根据《国务院关于职工探亲待遇的规定》（1981 年 3 月 6 日第 5 届全国人民代表大会常务委员会第 17 次会议批准，1981 年 3 月 14 日国务院公布施行），凡在国家机关、人民团体和全民所有制企业、事业单位工作满 1 年的固定职工，与配偶不住在一起，

又不能在公休假日团聚的，可以享受本规定探望配偶的待遇；与父亲、母亲都不住在一起，又不能在公休假日团聚的，可以享受本规定探望父母的待遇。但是，职工与父亲或与母亲一方能够在公休假日团聚的，不能享受本规定探望父母的待遇（第 2 条）。职工探望配偶的，每年给予一方探亲假 1 次，假期为 30 天。未婚职工探望父母，原则上每年给假 1 次，假期为 20 天。如果因为工作需要，本单位当年不能给予假期，或者职工自愿 2 年探亲 1 次的，可以 2 年给假 1 次，假期为 45 天。已婚职工探望父母的，每 4 年给假 1 次，假期为 20 天。探亲假期是指职工与配偶、父、母团聚的时间，另外，根据实际需要给予路程假。上述假期均包括公休假日和法定节日在内（第 3 条）。凡实行休假制度的职工（例如学校的教职工），应该在休假期间探亲；如果休假期较短，可由本单位适当安排，补足其探亲假的天数（第 4 条）。

职工在规定的探亲假期和路程假期内，按照本人的标准工资发给工资（第 5 条）。职工探望配偶和未婚职工探望父母的往返路费，由所在单位负担。已婚职工探望父母的往返路费，在本人月标准工资百分之 30 以内的，由本人自理，超过部分由所在单位负担（第 6 条）。

（四）对违反工时的法律责任

《劳动法》第 90 条规定，用人单位违反本法规定，延长劳动者工作时间的，由劳动行政部门给予警告，责令改正，并可以处以罚款。《违反<中华人民共和国劳动法>行政处罚办法》（1994 年 12 月 26 日）第 4 条规定，用人单位未与工会和劳动者协商，强迫劳动者延长工作时间的，应给予警告，责令改正，并可按每名劳动者每延长工作时间 1 小时罚款一百元以下的标准处罚。第 5 条规定，用人单位每日延长劳动者工作时间超过 3 小时或每月延长工作时间超过 36 小时的，应给予警告，责令改正，并可按每名劳动者每超过工作时间 1 小时罚款 100 以下的标准处罚。而《劳动保障监察条例》（2004 年 11 月 1 日）第 25 条也规定，用人单位违反劳动保障法律、法规或者规章延长劳动者工作时间的，由劳动保障行政部门给予警告，责令限期改正，并可以按照受侵害的劳动者每人 100 元以上 500 元以下的标准计算，处以罚款。

第四节　社会保障法律制度

一、基本养老保险制度

1951年，政务院即发布《劳动保险条例》，建立起以社会保险和职工福利为主要内容的劳动保险制度。60年代末，社会统筹被取消，职工的生老病死伤残全部由所在企业负担。1991年，国务院下发《关于企业职工养老保险制度改革的决定》（国发[1991]33号），提出要逐步建立多层次养老保险制度；基本养老保险费用实行国家、企业、个人三方共同负担；基本养老保险费用要实行社会统筹；基本养老保险基金按照以支定收、略有结余、留有部分积累的原则统一筹集。1995年，国务院下发《关于深化企业职工养老保险制度改革的通知》（国发[1995]6号）明确了建立社会保障制度的基本原则、主要任务和总体目标，提出养老保险实行“社会统筹与个人账户相结合”的模式，在解决互济性问题的基础上，着手探索责任分担和基金积累问题。经过几年试点，1997年国务院做出《关于建立统一的企业职工基本养老保险制度的决定》（国发[1997]26号）。2005年11月，国务院做出《关于完善企业职工基本养老保险制度的决定》（国发[2005]38号），以建立长效机制为核心，确定了新时期完善企业职工基本养老保险制度的指导思想和主要任务，提出了积极稳妥地开展扩大做实个人账户的试点、进一步扩大养老保险覆盖面、改革基本养老金计发办法、提高统筹层次和加强社会保险管理服务等方面的政策措施。

中国企业职工基本养老保险制度实行社会统筹与个人账户相结合的基本模式。企业按职工工资总额的20%左右缴纳养老保险费，用于建立统筹基金；个人账户规模为本人缴费工资的8%，全部由个人缴费形成。企业职工达到法定退休年龄(男性职工60周岁，女性干部55周岁，女性工人50周岁)，且个人缴费满15年的，退休后可以按月领取基本养老金。基本养老金由统筹养老金和个人账户养老金组成，统筹养老金月标准以当地上年度在岗职工月平均工资和本人指数化月平均缴费工资的平均值为基数，缴费每满1年发给1%。个人账户养老金标准为个人账户储存额除以计发月数，计发月数根据城镇人口预期寿命、本人退休年龄、利息等因素确定。参保人员死亡的，其个人账户余额可以继承。政府根据经济发展状况适时调整基本养老金水平，并鼓励企业在参加基本养老保险之外建立企业年金。企业年金采取个人账户基金完全积累模式，个人账户资金由企业年金基金管理机构进行管理，市场化运营，职工达到退休年龄后可一次性或定期领取待遇。

中国政府于2009年和2011年相继启动了新型农村社会养老保险和城镇居民社会养老保险。两项制度的基本政策框架是：参保对象为年满16周岁（不含在校学生）、未参加职工基本养老保险的城乡居民，在户籍所在地自愿参保；筹资方式为个人缴费与政府补贴相结合，

新农保还有“集体补助”渠道，个人缴费、集体补助和地方政府对缴费的补贴全部记入个人账户；缴费标准为多档设置，由参保人自主选择，其中国家规定新农保设每人每年 100 至 500 元 5 个档次，城镇居民再增加 600 元至 1000 元 5 个档次，地方政府可以增设缴费档次，并给予每人每年不少于 30 元的缴费补贴，多缴多补；待遇支付分为两部分：基础养老金目前国家规定最低标准为每人每月 55 元，地方政府可以在此基础上提高，全部由政府财政直接支付，个人账户养老金计发办法与职工基本养老保险制度一样（个人账户储存额除以 139）；中央财政按国家规定的最低基础养老金标准，对中西部地区全额补助，对东部地区补助 50%。

二、基本医疗保险制度

基本医疗保险是为补偿劳动者因疾病风险造成的经济损失而建立的一项社会保险制度。通过用人单位和个人缴费，建立医疗保险基金，参保人员患病就诊发生医疗费用后，由医疗保险经办机构给予一定的经济补偿，以避免或减轻劳动者因患病、治疗等所带来的经济风险。中国基本医疗保险制度包括城镇职工医疗保险、城镇居民医疗保险和新型农村合作医疗，分别覆盖就业人群、城镇非就业人群和农村户籍人群。

建国以后，中国对机关工作人员实行了公费医疗，对企业职工建立了劳保医疗制度。实际上就是职工个人免费医疗。1998 年，国务院颁布《关于建立城镇职工基本医疗保险制度的决定》，按照基本保障、广泛覆盖、双方（单位和职工个人）负担、统账（统筹基金和个人账户）结合的原则，开始在全国范围内进行改革。目前，基本医疗保险覆盖城镇所有用人单位和职工，包括所有机关、事业单位、各种类型企业、社会团体和民办非企业单位的职工和退休人员。城镇灵活就业人员可以个人身份参保。单位按工资总额的 6%左右缴费，个人按本人工资的 2%缴费。个人缴费全部计入账户，单位缴费的 30%左右划入个人账户，其余建立统筹基金。参保人员患病就医，普通门诊费用一般从个人账户支付，住院和门诊大病费用按规定比例在统筹基金报销。国家保障最基本的医疗需求，为此设立了“起付线”（一般规定为工资的 10%）和“封顶线”（一般规定为当地平均工资的 6 倍），起付线以下和封顶线以上由个人负担。

为解决城镇非从业居民的医疗保障问题，2007 年 7 月，国务院制定下发了《关于开展城镇居民基本医疗保险试点的指导意见》，2009 年在全国全面推开，逐步覆盖 2 亿多城镇非从业居民。城镇居民基本医疗保险基金坚持以收定支、收支平衡、略有结余的原则，重点

保障患者住院和门诊大病医疗支出，兼顾门诊小病支出。城镇居民参加基本医疗保险，以个人和家庭缴费为主，符合条件的老年人、残疾人、低保对象和享受助学金及助学贷款的非在职的在校大学生等困难城镇居民参保费用，主要由财政给予补助。

三、失业保险

失业保险是国家通过立法强制实行，由政府负责建立基金，对非因本人原因而失去工作并失去工资收入的劳动者，提供一定时期基本生活保障及再就业服务的一项社会保险制度。失业保险是社会保险的重要组成部分，具有保障生活、预防失业、促进就业功能。目前，失业保险制度覆盖所有城镇企业、事业单位及其职工。单位按照本单位工资总额的 2%，职工按照本人工资的 1%缴纳失业保险费。符合下列 3 个条件的失业人员可以申领失业保险金并享受失业保险其他待遇：（一）失业前用人单位和本人已经缴纳失业保险费满 1 年；（二）非因本人意愿中断就业；（三）已经进行失业登记，并有求职要求。失业人员在领取失业保险金期间，需按月向经办机构如实说明求职和接受职业指导、职业培训情况。失业保险待遇主要包括按月领取失业保险金、享受职工医保待遇及相关的再就业服务等。失业保险金的领取期限根据缴费年限确定，最长不超过 24 个月。失业保险金标准由各省、自治区、直辖市人民政府确定，不得低于城市居民最低生活保障标准。

四、工伤保险

工伤保险是为了保障因工作遭受事故伤害或者患职业病的职工获得医疗救治和经济补偿，促进工伤预防和职业康复，分散用人单位的工伤风险的一种社会保险制度。通过工伤补偿、工伤预防、工伤康复确保广大工伤职工的合法权益。工伤保险的覆盖范围是中国境内企业、事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织和有雇工的个体工商户。工伤保险费由用人单位缴纳，职工个人不缴费。工伤保险实行行业差别费率和用人单位浮动缴纳，工伤保险费缴纳数额为本单位职工工资总额乘以单位缴费费率之积。职工因事故伤害（或者患职业病）后，由社会保险行政部门依据《工伤保险条列》有关规定，认定其是否属于工伤或者视同工伤。职工经认定为工伤的，由劳动能力鉴定委员会组织对其伤残程度（丧失劳动能力程度）进行鉴定。根据工伤认定和劳动能力鉴定的结果，由社会保险经办机构发放相应标准的工伤保险待遇。工伤保险待遇主要分为 3 类：1. 工伤医

疗和工伤康复待遇，包括工伤医疗费用、工伤康复费用和辅助器具安装配置费用等；2.伤残待遇，包括一次性伤残补助金、伤残津贴、生活护理费等；3.工亡待遇，包括一次性工亡补助金、丧葬补助金、供养亲属抚恤金等。

五、生育保险

生育保险是国家通过社会保险立法，对生育职工给予经济、物质等方面帮助的一项社会保险制度。主要目的是通过生育费用社会统筹，达到均衡用人单位生育费用负担，促进妇女平等就业的目的。生育保险其宗旨在于向生育职工提供生育津贴、医疗服务和产假等方面的待遇，保障她们因生育而暂时丧失劳动能力时的基本经济收入和医疗需求。

生育保险主要覆盖城镇企业单位及其职工。生育保险基金按照“以支定收、收支基本平衡”的原则筹集和使用。参保单位按照不超过职工工资总额1%的比例缴纳生育保险费，职工个人不缴纳生育保险费。目前，生育保险待遇包括生育津贴、生育医疗费用和法律、法规规定的其他项目。生育医疗费用主要包括生育女职工孕期和产期的医疗费，以及计划生育手术的医疗费用。生育津贴支付期限与产假期限相一致，一般不少于90天。生育津贴支付标准按照职工所在单位上年度职工月平均工资计发。

2009年人力资源和社会保障部印发《关于妥善解决城镇居民生育医疗费用的通知》（人社厅发〔2009〕97号），将城镇非就业妇女住院分娩发生的医疗费用纳入城镇居民基本医疗保险基金支付范围。并要求开展门诊统筹的地区，将产前检查费用纳入医疗保险基金支付范围。城镇居民生育医疗服务管理，参照城镇居民基本医疗保险有关规定执行。

第五节　劳动争议的处理

劳动争议是劳动关系当事人之间因执行劳动法规、履行劳动合同及其他劳动问题发生的劳动权利义务方面的纠纷。

第10届全国人民代表大会常务委员会第31次会议于2007年12月29日通过《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》，自2008年5月1日起施行。中华人民共和国境内的用人单位与劳动者发生的下列劳动争议，适用本法：（一）因确认劳动关系发生的争议；（二）

因订立、履行、变更、解除和终止劳动合同发生的争议；（三）因除名、辞退和辞职、离职发生的争议；（四）因工作时间、休息休假、社会保险、福利、培训以及劳动保护发生的争议；（五）因劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金等发生的争议；（六）法律、法规规定的其他劳动争议（第 2 条）。

发生劳动争议，劳动者可以与用人单位协商，也可以请工会或者第三方共同与用人单位协商，达成和解协议（第 4 条）。发生劳动争议，当事人不愿协商、协商不成或者达成和解协议后不履行的，可以向调解组织申请调解；不愿调解、调解不成或者达成调解协议后不履行的，可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁；对仲裁裁决不服的，除本法另有规定的外，可以向人民法院提起诉讼（第 5 条）。

一、调解

发生劳动争议，当事人可以到下列调解组织申请调解：（一）企业劳动争议调解委员会；（二）依法设立的基层人民调解组织；（三）在乡镇、街道设立的具有劳动争议调解职能的组织。企业劳动争议调解委员会由职工代表和企业代表组成。职工代表由工会成员担任或者由全体职工推举产生，企业代表由企业负责人指定。企业劳动争议调解委员会主任由工会成员或者双方推举的人员担任（第 10 条）。劳动争议调解组织的调解员应当由公道正派、联系群众、热心调解工作，并具有一定法律知识、政策水平和文化水平的成年公民担任（第 11 条）。

经调解达成协议的，应当制作调解协议书。调解协议书由双方当事人签名或者盖章，经调解员签名并加盖调解组织印章后生效，对双方当事人具有约束力，当事人应当履行。自劳动争议调解组织收到调解申请之日起 15 日内未达成调解协议的，当事人可以依法申请仲裁（第 14 条）。达成调解协议后，一方当事人在协议约定期限内不履行调解协议的，另一方当事人可以依法申请仲裁（第 15 条）。因支付拖欠劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金事项达成调解协议，用人单位在协议约定期限内不履行的，劳动者可以持调解协议书依法向人民法院申请支付令。人民法院应当依法发出支付令（第 16 条）。

二、仲裁

劳动争议仲裁委员会按照统筹规划、合理布局和适应实际需要的原则设立。省、自治区人民政府可以决定在市、县设立；直辖市人民政府可以决定在区、县设立。直辖市、设区的市也可以设立一个或者若干个劳动争议仲裁委员会。劳动争议仲裁委员会不按行政区划层层设立（第 17 条）。

劳动争议仲裁委员会由劳动行政部门代表、工会代表和企业方面代表组成。劳动争议仲裁委员会组成人员应当是单数。劳动争议仲裁委员会依法履行下列职责：（一）聘任、解聘专职或者兼职仲裁员；（二）受理劳动争议案件；（三）讨论重大或者疑难的劳动争议案件；（四）对仲裁活动进行监督。劳动争议仲裁委员会下设办事机构，负责办理劳动争议仲裁委员会的日常工作（第 19 条）。

劳动争议仲裁委员会应当设仲裁员名册。仲裁员应当公道正派并符合下列条件之一：（一）曾任审判员的；（二）从事法律研究、教学工作并具有中级以上职称的；（三）具有法律知识、从事人力资源管理或者工会等专业工作满 5 年的；（四）律师执业满 3 年的（第 20 条）。

劳动争议仲裁委员会负责管辖本区域内发生的劳动争议。劳动争议由劳动合同履行地或者用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会管辖。双方当事人分别向劳动合同履行地和用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会申请仲裁的，由劳动合同履行地的劳动争议仲裁委员会管辖（第 21 条）。

劳动争议申请仲裁的时效期间为 1 年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。前款规定的仲裁时效，因当事人一方向对方当事人主张权利，或者向有关部门请求权利救济，或者对方当事人同意履行义务而中断。从中断时起，仲裁时效期间重新计算。因不可抗力或者有其他正当理由，当事人不能在本条第一款规定的仲裁时效期间申请仲裁的，仲裁时效中止。从中止时效的原因消除之日起，仲裁时效期间继续计算。劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议的，劳动者申请仲裁不受本条第一款规定的仲裁时效期间的限制；但是，劳动关系终止的，应当自劳动关系终止之日起 1 年内提出（第 27 条）。

申请人申请仲裁应当提交书面仲裁申请，并按照被申请人人数提交副本。仲裁申请书应当载明下列事项：（一）劳动者的姓名、性别、年龄、职业、工作单位和住所，用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人的姓名、职务；（二）仲裁请求和所根据的事实、理由；（三）证据和证据来源、证人姓名和住所。书写仲裁申请确有困难的，可以口头申请，由劳动争议仲裁委员会记入笔录，并告知对方当事人（第 28 条）。

劳动争议仲裁委员会收到仲裁申请之日起 5 日内，认为符合受理条件的，应当受理，并通知申请人；认为不符合受理条件的，应当书面通知申请人不予受理，并说明理由。对劳动争议仲裁委员会不予受理或者逾期未作出决定的，申请人可以就该劳动争议事项向人民法院提起诉讼（第 29 条）。

劳动争议仲裁委员会受理仲裁申请后，应当在 5 日内将仲裁申请书副本送达被申请人。被申请人收到仲裁申请书副本后，应当在 10 日内向劳动争议仲裁委员会提交答辩书。劳动争议仲裁委员会收到答辩书后，应当在 5 日内将答辩书副本送达申请人。被申请人未提交答辩书的，不影响仲裁程序的进行（第 30 条）。

劳动争议仲裁委员会裁决劳动争议案件实行仲裁庭制。仲裁庭由 3 名仲裁员组成，设首席仲裁员。简单劳动争议案件可以由 1 名仲裁员独任仲裁（第 31 条）。

劳动争议仲裁委员会应当在受理仲裁申请之日起 5 日内将仲裁庭的组成情况书面通知当事人（第 32 条）。

当事人申请劳动争议仲裁后，可以自行和解。达成和解协议的，可以撤回仲裁申请（第 41 条）。

仲裁庭在作出裁决前，应当先行调解。调解达成协议的，仲裁庭应当制作调解书。调解书应当写明仲裁请求和当事人协议的结果。调解书由仲裁员签名，加盖劳动争议仲裁委员会印章，送达双方当事人。调解书经双方当事人签收后，发生法律效力。调解不成或者调解书送达前，一方当事人反悔的，仲裁庭应当及时作出裁决（第 42 条）。

仲裁庭裁决劳动争议案件，应当自劳动争议仲裁委员会受理仲裁申请之日起 45 日内结束。案情复杂需要延期的，经劳动争议仲裁委员会主任批准，可以延期并书面通知当事人，但是延长期限不得超过 15 日。逾期未作出仲裁裁决的，当事人可以就该劳动争议事项向人民法院提起诉讼。仲裁庭裁决劳动争议案件时，其中一部分事实已经清楚，可以就该部分先行裁决（第 43 条）。

仲裁庭对追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金的案件，根据当事人的申请，可以裁决先予执行，移送人民法院执行。仲裁庭裁决先予执行的，应当符合下列条件：（一）当事人之间权利义务关系明确；（二）不先予执行将严重影响申请人的生活。劳动者申请先予执行的，可以不提供担保（第 44 条）。

裁决应当按照多数仲裁员的意见作出，少数仲裁员的不同意见应当记入笔录。仲裁庭不能形成多数意见时，裁决应当按照首席仲裁员的意见作出（第 45 条）。裁决书应当载明

仲裁请求、争议事实、裁决理由、裁决结果和裁决日期。裁决书由仲裁员签名，加盖劳动争议仲裁委员会印章。对裁决持不同意见的仲裁员，可以签名，也可以不签名（第 46 条）。

下列劳动争议，除本法另有规定的外，仲裁裁决为终局裁决，裁决书自作出之日起发生法律效力：（一）追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金，不超过当地月最低工资标准 12 个月金额的争议；（二）因执行国家的劳动标准在工作时间、休息休假、社会保险等方面发生的争议（第 47 条）。劳动者对上述仲裁裁决不服的，可以自收到仲裁裁决书之日起 15 日内向人民法院提起诉讼（第 48 条）。用人单位有证据证明上述仲裁裁决有下列情形之一，可以自收到仲裁裁决书之日起 30 日内向劳动争议仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决：（一）适用法律、法规确有错误的；（二）劳动争议仲裁委员会无管辖权的；（三）违反法定程序的；（四）裁决所根据的证据是伪造的；（五）对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的；（六）仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁决行为的。人民法院经组成合议庭审查核实裁决有前款规定情形之一的，应当裁定撤销。仲裁裁决被人民法院裁定撤销的，当事人可以自收到裁定书之日起 15 日内就该劳动争议事项向人民法院提起诉讼（第 49 条）。

当事人对第 47 条规定以外的其他劳动争议案件的仲裁裁决不服的，可以自收到仲裁裁决书之日起 15 日内向人民法院提起诉讼；期满不起诉的，裁决书发生法律效力（第 50 条）。

当事人对发生法律效力的调解书、裁决书，应当依照规定的期限履行。一方当事人逾期不履行的，另一方当事人可以依照民事诉讼法的有关规定向人民法院申请执行。受理申请的人民法院应当依法执行（第 51 条）。

第十二章　仲裁法与诉讼法

第一节　仲裁法

一、 仲裁法概述

（一） 仲裁的概念及特征

仲裁是解决争议的一种重要方式。仲裁是指在争议发生前或者争议发生后，双方当事人达成协议，自愿将争议交给第三方作出裁决，争议双方承担义务执行该裁决，从而解决争议的法律制度。

仲裁法是属于民事程序法。仲裁法的基本内容包括仲裁协议、仲裁组织、仲裁程序、仲裁裁决及其执行等。在仲裁法颁布前，中国有 14 部法律、82 个行政法规和 190 个地方法规包含有关仲裁的规定。因此，仲裁法律规范分散，仲裁制度缺乏统一的原则和规定。仲裁法 1994 年 7 月第 8 届全国人民代表大会常务委员会第 9 次会议审议并通过，1995 年 9 月 1 日起施行。根据仲裁法的规定，本法施行前制定的有关仲裁的规定与本法规定相抵触的，以本法为准。本法施行前设立的不符合本法规定的其他仲裁机构，自本法施行之日起终止。

《仲裁法》第 1 条规定，为保证公正、及时地仲裁经济纠纷，保护当事人的合法权益，保障社会主义市场经济健康发展，制定本法。这一条阐明了仲裁法的立法宗旨。

关于《仲裁法》的适用范围，中国采取于“概括规定十排除规定”的立法方式。 所谓“概括规定”是将《仲裁法》的适用范围概括地规定为平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷（第 2 条）。非财产性纠纷，不能进行仲裁。所谓“排除性规定”是指将几类具体的纠纷列举出来并排除于仲裁范围之外，按照中国《仲裁

法》的规定，需加以排除的纠纷有两大类：一是与身份权有关的案件，如婚姻、收养、监护、扶养、继承等与人身权有关的案件不能进行仲裁；二是行政案件。另外，由于劳动争议和农业集体经济组织内部的农业承包合同纠纷不同于一般经济纠纷，它们的仲裁原则、程序等方面有自己的特点，因此《仲裁法》第 77 条规定，劳动争议和农业承包合同纠纷的仲裁，另行规定。

二、仲裁组织

（一）仲裁组织的性质

《仲裁法》明确肯定了仲裁组织是完全脱离行政机关的独立事业单位法人，与行政机关之间没有隶属关系。各仲裁组织相互独立地从事仲裁业务，互无隶属关系，因而不存在级别管辖和地域管辖。

（二）中国《仲裁法》第 8 条规定，仲裁组织应具备以下条件：

1、必须有自己的名称，住所和章程。其名称一般宜称为市仲裁委员会，涉外仲裁组织称为涉外仲裁委员会；其住所应与其办事机构所在地一致；其章程应依照《仲裁法》规定制定。

2、必须有必要的财产。仲裁组织拥有必要的财产，是其享有民事权利和履行民事义务的物质基础，也是其承担民事责任的保障。

3、必须有该委员会的组成人员。仲裁组织由主任主任 1、副主任 2 至 4 人，委员 7 至 11 人组成。仲裁委员会的主任、副主任和委员由法律、贸易专家和具有相关实际工作经验的人员担任。仲裁委员会的组成人员中，法律、贸易专家不得少于三分之二。涉外仲裁委员会有主任 1 人、副主任若干人和委员若干人组成，其主任、裁委员会由主任副主任和委员由中国国际商会聘任。

4、必须有聘任的仲裁员。仲裁委员会应当从公道正派的人员中聘任仲裁员，涉外仲裁委员会可以从具有法律、经济贸易、科学技术等专门知识的外籍人士中聘任仲裁员。

（三）仲裁组织的设置

仲裁组织的民间性和自治性决定了其不能按行政区划层次设立。根据《仲裁法》第 10 条，仲裁组织可以在直辖市和各省、自治区人民政府所在地的市设立，也可以根据需要在其他设区的市设立。仲裁组织设立后，应当经省、自治区、直辖市的司法行政部门登记。对于涉外仲裁组织，则可以由中国国际商会组织设立。

（四）仲裁协会

中国仲裁协会是社会团体法人，是仲裁委员会的自律性组织。各仲裁委员会都必须加入中国仲裁协会，作为团体会员接受协会的业务指导和管理。中国仲裁协会根据全国会员大会制定的章程对仲裁组织及其组织成员、仲裁员的违纪行为进行监督，协会可以根据《仲裁法》和《民事诉讼法》的有关规定制定仲裁规则。

（五）仲裁员

《仲裁法》确立了仲裁员资格和名册制度。《仲裁法》第 13 条规定，仲裁员应当符合下列条件之一：1、从事仲裁工作满 8 年的；2、从事律师工作满 8 年的；3、曾任审判员 8 年的；4、从事法律研究，教学工作并具有高级职称的；5、具有法律知识、从事经济贸易等专业工作并具有高级职称或具有同等专业水平的。仲裁组织按照不同专业设置仲裁员名册，以便当事人选择仲裁员。

三、仲裁协议

仲裁协议是双方当事人达成的将已发生或可能发生的一定法律关系的争议提交仲裁，并服从裁决约束的一种契约。仲裁协议是仲裁制度的基石。如果没有仲裁协议，那么严格意义上的仲裁制度是不存在的。

（一）仲裁协议的要件

1、形式要件

《仲裁法》第 16 条规定，仲裁协议应具备书面形式。当事人既可以在合同中订立仲裁条款，也可以在纠纷发生前或发生后，以其他书面方式达成申请仲裁的协议。仲裁协议应当写明提交仲裁的事项和选定的仲裁组织名称，同时还应包括请求仲裁的意思表示。

仲裁协议对仲裁事项或仲裁组织没有约定或者约定不明确的，当事人可以补充协议；达不成补充协议的，仲裁协议无效。

2、实质要件

仲裁协议作为契约，必须符合契约的一般成立要件。根据《仲裁法》第 17 条的规定，仲裁协议应具备下列要件：首先，当事人必须有缔约能力。即具有缔约能力者必须为完全民事行为能力的公民和法人。其次，须意思表示真实，不能有一方采取欺诈、 胁迫或乘人之危使对方在违背真实意思的情况下签订的仲裁协议。第三，当事人约定仲裁的事项不得超出

法律规定的仲裁范围。也就是说，仲裁事项应当是平等主体的当事人产生的财产权益纠纷。且以当事人有权处分的民事权利为限。

（二）仲裁协议的效力

仲裁协议一经双方当事人签字即合法成立。对于当事人来说，仲裁协议为当事人设立了一定义务，即把争议提交仲裁并不能任意更改、中止或撤销仲裁协议；同时，合法有效的仲裁协议对当事人诉权的行使产生了一定的限制，在当事人双方发生协议约定的争议时，任何一方只能将争议提交仲裁，而不能向法院起诉。对仲裁组织来说，仲裁协议排除了诉讼管辖权，当事人双方对仲裁程序所作的约定，仲裁组织必须遵守。

四、仲裁程序

《仲裁法》第 4 章对仲裁程序作了规定。仲裁程序充分贯彻当事人意思自治原则，因而比诉讼程序更具灵活性，允许当事人双方自由确定的事项较多。完整的仲裁程序应包括如下几个阶段：

（一）申请和受理

1、申请

当事人申请仲裁应当符合下列条件：（一）有仲裁协议；（二）有具体的仲裁请求和事实、理由；（三）属于仲裁委员会的受理范围（第 21 条）。当事人申请仲裁，应当向仲裁委员会递交仲裁协议、仲裁申请书及副本（第 22 条），并按规定缴纳仲裁费用（第 76 条）。

2、受理

仲裁委员会收到仲裁申请收后，经审查认为符合申请仲裁条件的，应当在 5 日内受理，并通知当事人；认为不符合受理条件，应当在 5 日内通知当事人不予受理，并说明理由（第 24 条）。仲裁委员会受理仲裁申请后，应在仲裁规则规定的期限将仲裁规则和仲裁员名册送达申请人，并将仲裁申请书副本和仲裁规则、仲裁员名册送达被申请人。被申请人收到后，应在规定的期限内向仲裁委员会提交答辩书。仲裁委员会应在仲裁规则规定的期限内将答辩书副本送达申请人。被申请人未提交答辩书的，不影响仲裁程序进行（第 25 条）。在仲裁庭组成之前，申请人可以放弃或变更仲裁请求，被申请人可以承认或反驳仲裁请求，可以在提交答辩书的期限内提起反诉（第 27 条）。

（二）组成仲裁庭

仲裁庭可以由 3 名仲裁员或者 1 名仲裁员组成。由 3 名仲裁员组成的，设首席仲裁员（第 30 条）。当事人约定由 3 名仲裁员组成仲裁庭的，应当各自选定或者各自委托仲裁委员会主任指 1 名仲裁员，第 3 名仲裁员是首席仲裁员，由当事人共同选定或共同委托仲裁委员会主任指定。当事人约定由 1 名仲裁员成立仲裁的，应当由当事人共同选定或者共同委托仲裁委员会主任指定（第 31 条）。当事人没有在规定期限内约定仲裁庭的组成方式或者选定仲裁员的，由仲裁委员会主任指定（第 32 条）。

被选定或指定的仲裁员，如果有下列情况之一的，应予回避：（一）是本案当事人或者当事人、代理人的近亲属；（二）与本案有利害关系；（三）与本案当事人、代理人有其他关系，可能影响公正仲裁的；（四）私自会见当事人、代理人，或者接受当事人、代理人的请客送礼的（第 34 条）。情节严重时，仲裁委员会应当将其除名（第 38 条）。仲裁员既可以自行回避、也可以由当事人申请回避。当事人申请回避时，应当说明理由，并在首次开庭时提出；回避事由在首次开庭后知道的，可以在最后一次开庭终结前提出。仲裁员是否回避，由仲裁委员会主任决定；仲裁委员会主任担任仲裁员时，由仲裁委员会集体决定（第 36 条）。

（三）开庭和裁决

1、开庭。仲裁以开庭和不公开为原则。当事人协议不开庭或者协议公开的，依协议的约定（第 39 条、第 40 条）。仲裁庭应当在仲裁规则规定的期限内将开庭的日期通知双方当事人（第 41 条）。当事人经书面通知，无正当理由不到庭的或者未经仲裁庭许可中途退庭的，对于申请人视为撤回仲裁申请，对于被申请人可以作缺席裁决（第 42 条）。

2、证据。当事人应当对自己的主张提供证据。仲裁庭认为有必要时，可以自行收集证据（第 43 条）。证据可能灭失或者以后难以取得时，当事人可以申请证据保全（第 46 条）。证据应当在开庭时出示，当事人可以质证（第 45 条）。提供鉴定结论的鉴定人也应参加开庭，在仲裁庭的许可下接受当事人提问（第 44 条）。

3、辩论。当事人在仲裁过程中有权进行辩论。辩论终结时，首席仲裁员或者独任仲裁员应当征询当事人的最后意见（第 47 条）。

4、调解。仲裁庭在作出裁决前，可以先行调解。当事人自愿调解的，仲裁庭应当调解。调解不成的，应当及时作出裁决。调解达成协议的，仲裁庭应当制作调解书或者根据协议的结果制作裁决书。调解书与裁决书具有同等法律效力（第 51 条）。

5、和解。当事人在申请仲裁后，可以自行和解。达成和解协议的，可以请求仲裁庭根据和解协议作出裁决书，也可以撤回仲裁申请（第 49 条）。

6、裁决。裁决应当按照多数仲裁员的意见作出，少数仲裁员的不同意见可以记入笔录。仲裁庭不能形成多数意见时，裁决应当按照首席仲裁员的意见作出（第 53 条）。

五、涉外仲裁

涉外仲裁是指仲裁当事人或争议的事项具有涉外因素，并且双方当事人在争议发生之前或者争议发生后，达成协议，自愿将争议提交中国涉外仲裁机构进行审理并作出裁决的法律制度。

中国涉外仲裁机构有国际经济贸易仲裁委员会和海事仲裁委员会，都设在中国国际贸易促进委员会内，总部都在北京。对于产生的国际或涉外的契约性或非契约性的经济贸易等争议和海事争议，当事人选择中国涉外仲裁机构解决，以仲裁协议为前提，即当事人在合同中订立仲裁协议或事后达成书面仲裁协议，提交中国涉外仲裁机构仲裁。只要其中一方当事人到涉外仲裁机个月内作出仲裁裁决构提请仲裁，则该涉外仲裁机构应予受理。双方当事人有书面仲裁协议的，当事人不得向法院起诉。

根据《国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》（2014 年 11 月 4 日中国国际贸易促进委员会/中国国际商会修订并通过，自 2015 年 1 月 1 日起施行），仲裁委员会根据当事人的约定受理契约性或非契约性的经济贸易等争议案件，包括：1、国际或涉外争议案件；2、涉及香港特别行政区、澳门特别行政区及台湾地区的争议案件；3、国内争议案件（《规则》第 3 条）。

当事人依据本规则申请仲裁时应：（一）提交由申请人或申请人授权的代理人签名及/或盖章的仲裁申请书。仲裁申请书应写明：1.申请人和被申请人的名称和住所，包括邮政编码、电话、传真、电子邮箱或其他电子通讯方式；2.申请仲裁所依据的仲裁协议；3.案情和争议要点；4.申请人的仲裁请求；5.仲裁请求所依据的事实和理由。（二）在提交仲裁申请书时，附具申请人请求所依据的证据材料以及其他证明文件。（三）按照仲裁委员会制定的仲裁费用表的规定预缴仲裁费（《规则》第 12 条）。

仲裁委员会根据当事人在争议发生之前或在争议发生之后达成的将争议提交仲裁委员会仲裁的仲裁协议和一方当事人的书面申请，受理案件。仲裁委员会仲裁院收到申请人的仲裁申请书及其附件后，经审查，认为申请仲裁的手续完备的,应将仲裁通知、仲裁委员会仲裁规则和仲裁员名册各一份发送给双方当事人；申请人的仲裁申请书及其附件也应同时发送给被申请人。仲裁委员会仲裁院经审查认为申请仲裁的手续不完备的，可以要求申请人在一定

的期限内予以完备。申请人未能在规定期限内完备申请仲裁手续的，视同申请人未提出仲裁申请；申请人的仲裁申请书及其附件，仲裁委员会仲裁院不予留存。仲裁委员会受理案件后，仲裁委员会仲裁院应指定 1 名案件秘书协助仲裁案件的程序管理（《规则》第 13 条）。

被申请人应自收到仲裁通知后 45 天内提交答辩书。被申请人确有正当理由请求延长提交答辩期限的，由仲裁庭决定是否延长答辩期限；仲裁庭尚未组成的，由仲裁委员会仲裁院作出决定。答辩书由被申请人或被申请人授权的代理人签名及/或盖章，并应包括下列内容及附件：1、被申请人的名称和住所，包括邮政编码、电话、传真、电子邮箱或其他电子通讯方式；2、对仲裁申请书的答辩及所依据的事实和理由；3、答辩所依据的证据材料以及其他证明文件。仲裁庭有权决定是否接受逾期提交的答辩书。被申请人未提交答辩书，不影响仲裁程序的进行（第 15 条）。

被申请人如有反请求，应自收到仲裁通知后 45 天内以书面形式提交。被申请人确有正当理由请求延长提交反请求期限的，由仲裁庭决定是否延长反请求期限；仲裁庭尚未组成的，由仲裁委员会仲裁院作出决定。被申请人提出反请求时，应在其反请求申请书中写明具体的反请求事项及其所依据的事实和理由，并附具有关的证据材料以及其他证明文件。被申请人提出反请求，应按照仲裁委员会制定的仲裁费用表在规定的时间内预缴仲裁费。被申请人未按期缴纳反请求仲裁费的，视同未提出反请求申请。仲裁委员会仲裁院认为被申请人提出反请求的手续已完备的，应向双方当事人发出反请求受理通知。申请人应在收到反请求受理通知后 30 天内针对被申请人的反请求提交答辩。申请人确有正当理由请求延长提交答辩期限的，由仲裁庭决定是否延长答辩期限；仲裁庭尚未组成的，由仲裁委员会仲裁院作出决定。仲裁庭有权决定是否接受逾期提交的反请求和反请求答辩书。申请人对被申请人的反请求未提出书面答辩的，不影响仲裁程序的进行（第 16 条）。

除非当事人另有约定，仲裁庭可以按照其认为适当的方式审理案件。在任何情形下，仲裁庭均应公平和公正地行事，给予双方当事人陈述与辩论的合理机会。仲裁庭应开庭审理案件，但双方当事人约定并经仲裁庭同意或仲裁庭认为不必开庭审理并征得双方当事人同意的，可以只依据书面文件进行审理。除非当事人另有约定，仲裁庭可以根据案件的具体情况采用询问式或辩论式的庭审方式审理案件。仲裁庭可以在其认为适当的地点以其认为适当的方式进行合议。除非当事人另有约定，仲裁庭认为必要时可以就所审理的案件发布程序令、发出问题单、制作审理范围书、举行庭前会议等。经仲裁庭其他成员授权，首席仲裁员可以单独就仲裁案件的程序安排作出决定（《规则》第 35 条）。

仲裁庭应当根据事实和合同约定，依照法律规定，参考国际惯例，公平合理、独立公正地作出裁决。当事人对于案件实体适用法有约定的，从其约定。当事人没有约定或其约定与法律强制性规定相抵触的，由仲裁庭决定案件实体的法律适用。仲裁庭在裁决书中应写明仲裁请求、争议事实、裁决理由、裁决结果、仲裁费用的承担、裁决的日期和地点。当事人协议不写明争议事实和裁决理由的，以及按照双方当事人和解协议的内容作出裁决书的，可以不写明争议事实和裁决理由。仲裁庭有权在裁决书中确定当事人履行裁决的具体期限及逾期履行所应承担的责任。决书应加盖“中国国际经济贸易仲裁委员会”印章。由三名仲裁员组成的仲裁庭审理的案件，裁决依全体仲裁员或多数仲裁员的意见作出。少数仲裁员的书面意见应附卷，并可以附在裁决书后，该书面意见不构成裁决书的组成部分。仲裁庭不能形成多数意见的，裁决依首席仲裁员的意见作出。其他仲裁员的书面意见应附卷，并可以附在裁决书后，该书面意见不构成裁决书的组成部分。除非裁决依首席仲裁员意见或独任仲裁员意见作出并由其署名，裁决书应由多数仲裁员署名。持有不同意见的仲裁员可以在裁决书上署名，也可以不署名。作出裁决书的日期，即为裁决发生法律效力的日期。裁决是终局的，对双方当事人均有约束力。任何一方当事人均不得向法院起诉，也不得向其他任何机构提出变更仲裁裁决的请求（《规则》第 49 条）。

涉外仲裁裁决的执行包括中国境内的执行各在外国的执行两种情况，在中国境内执行，如果一方当事人不履行仲裁裁决的，对方当事人可以向被申请人住所或财产所在地的中级人民法院申请执行。在外国的执行，是指被执行人或者其财产不在中华人民共和国境内，应当由当事人直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行（第 72 条）。

第二节　诉讼法概述

一、诉讼法的概念

诉讼是指国家司法机关在当事人及其他诉讼参与人的参加下，按照一定的方式和程序解决纷争、处理案件的活动。根据诉讼所要解决的实体问题的不同和诉讼形式的差异，诉讼分为民事诉讼、行政诉讼和刑事诉讼 3 种。民事诉讼用以解决民事、商事、经济纠纷；行政诉讼用以解决行政争议；刑事诉讼用以解决犯罪嫌疑人、被告人的刑事责任。

诉讼法是关于诉讼程序的法律规范的总称。其主要内容包括诉讼活动的原则、制度、方式和程序，有权进行诉讼的司法机关以及它们的权责、相互关系，当事人、诉讼参与人的范围及其权利、义务等。诉讼法的直接功用是从法律程序上保证实体法的实现，使当事人的合法权益得到救济和保护，使非法侵害人受到追究和惩罚。

与诉讼的 3 种类型相适应，中国的诉讼法分为民事诉讼法、行政诉讼法、刑事诉讼法。这 3 种诉讼法都是实现实体法的程序法，有许多共同的原则、制度和程序，如司法机关依法独立行使职权，以事实为根据、以法律为准绳，审判公开，两审终审等。但是解决不同实体问题的程序法，相互间又具有诸多区别。有些原则、制度和程序是各诉讼法特有的。如民事诉讼法规定了当事人平等原则、当事人处分原则、法院调解原则；行政诉讼法确认，做出具体行政行为的行政机关为恒定被告，且承担举证责任；刑事诉讼法中有侦察、提起公诉程序等。

二、中国诉讼法的共同原则

中国诉讼法的共同原则是指中国的《民事诉讼法》、《行政诉讼法》和《刑事诉讼法》都规定的在各种诉讼活动中应当普遍遵循的基本原则。这些原则包括：

（一）国家司法权由司法机关依法独立行使的原则

根据中国宪法和法律的规定，国家司法权由司法机关依法独立行使，这是中国诉讼法的首要原则。它的含义是：一、国家司法权力由司法机关统一行使，包括：审判权由国家审判机关—法院统一行使；检察权由国家法律监督机关—检察院统一行使；侦察权（大部分刑事案件）由公安机关统一行使；其他任何机关、团体和个人都无权行使这些权力。二、司法机关法院和检察院依法独立行使审判权和检察权，不受任何行政机关、团体和个人的干涉。三、司法机关独立行使职权是指司法机关依照法律规定进行，而不是独立于法律之外行使权力。同时，司法机关独立行使职权也并不排除国家权力机关对司法审判和检察工作的监督。

（二）以事实为根据，以法律为准绳的原则

司法机关在诉讼活动中处理各种案件，应当始终坚持以事实为根据，以法律为准绳的原则，这是中国法律适用的基本原则之一。所谓以事实为根据，就是要求法院在审理案件时，要忠于事实真相，从实际出发，实事求是；就是要注重调查取证，全面掌握案件材料，以查明事实真相，而不以人的主观想象、推测为根据。所谓以法律为准绳，就是要求法院在查明案件事实的基础上，按照法律的具体规定对案件做出处理，以法律的规定作为衡量人们法律

上的权利义务关系，行为的是非曲直、罪与非罪的唯一标准和尺度。坚持以事实为根据，以法律为准绳的原则才能处理好各种案件，保证司法效能的发挥。

（三）当事人在适用法律上一律平等的原则

司法机关处理案件，对当事人在适用法律上应当一律平等，不应因当事人的身份、社会地位、职务等的不同而区别对待。这是“公民在法律面前一律平等”的宪法原则衍生到诉讼方面的要求。在诉讼活动中，任何当事人都平等地享有法律规定的权利，也平等地承担法律规定的义务。任何人在适用法律上都不应受到歧视，任何人也不享有超越法律的特权。司法机关只有一视同仁地对待当事人，毫无偏私地适用法律，才能保证司法的公正，诉讼的公正。

（四）使用民族语言、文字进行诉讼的原则

诉讼法中规定，各民族公民都有用本民族语言文字进行诉讼的权利。这是民族平等原则在审判工作中的体现。诉讼法中规定，法院对于不通晓当地民族通用语言、文字的诉讼参与人应当提供翻译；在少数民族聚居或者多民族共同居住的地区，法院应当用当地民族通用语言、文字进行审判和发布法律文书。这一原则保证了少数民族的诉讼参加人平等地享受诉讼权，也有利于法院查明案件真实情况，作出正确的判决。法院违背这一原则所作的裁判，第二审法院可以此为由，撤消原判，发回重审。

（五）检察院对诉讼活动进行监誉的原则

检察院是国家的法律监督机关，对诉讼活动进行监督是检察院的重要职权。其主要内容是：监督法院的审判活动是否合法，如审判组织的组成、审判程序是否合法，审判结果是否公正、准确以及判决、裁定是否得到了正确执行；监督诉讼参与人的行为是否合法，如证人、鉴定人有无提供假证言、假鉴定结论的情况，当事人、诉讼代理人、辩护人有无伪造、隐匿、毁灭证据的情况等；在刑事诉讼中，监督公安机关的侦察活动是否合法，如侦察行为是否依照了法定程序，是否有刑讯逼供的情况等。检察院对诉讼活动实行法律监督是建立诉讼法制的重要环节和手段。

三、中国司法审判的基本制度

中国司法审判的基本制度是指在中国的司法审判活动中应当遵循的基本规程。这些规程是根据中国宪法、《法院组织法》（1979 年 7 月 1 日第 5 届全国人民代表大会第 2 次会议通过，自 1980 年 1 月 1 日起施行，根据 1983 年 9 月 2 日第 6 届全国人民代表大会常务委员

会第 2 次会议《关于修改<中华人民共和国人民法院组织法>的决定》、1986 年 12 月 2 日第 6 届全国人民代表大会常务委员会第 18 次会议《关于修改<中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法>的决定》和 2006 年 10 月 31 日第 10 届全国人民代表大会常务委员会第 24 次会议《关于修改<中华人民共和国人民法院组织法>的决定》修正）和诉讼法的有关规定而建立的，它们适合中国的国情和司法体制，对于保证司法审判的客观、公正、准确、及时、高效具有重要作用。

（一）合议制度

合议制度是指由 3 名以上的审判人员组成的审判组织，代表法院行使审判权，对案件进行审理并作出裁判的制度。合议制度是相对于独任制度而言的，后者是指由一名审判员独立地对案件进行审理和裁判的制度。

在中国，由审判员或者审判员和陪审员组成的合议庭是法院审理案件的基本的审判组织。根据中国诉讼法的规定，行政案件一律采用合议庭制审理。民事、刑事案件，除适用简易程序的简单案件外，也一律组成合议庭进行审理。

合议制度是民主集中制原则在中国审判活动中的体现。合议庭的组成，人数要求为单数，评议案件时实行少数服从多数的原则。合议制度有利于发挥集体的智慧，集思广益，以弥补审判人员个人知识上的缺陷和认识上的不足，避免可能出现的片面性，保证办案的质量。

（二）回避制度

回避制度是指承办案件的有关人员遇有法律规定的情形时，退出对某一案件的审理或者诉讼活动的制度。

回避有自行回避和申请回避两种情况。自行回避，是指承办案件的有关人员遇有法定情形时，自动退出对本案的审理、记录、翻译、鉴定、勘验等工作。申请回避，是指诉讼当事人及其代理人认为参加办案的有关人员有法定情形，以口头或者书面形式申请相关人员退出审判或者诉讼活动。

适用回避的法定理由是：一、审判人员、书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人是本案当事人或者当事人、诉讼代理人的近亲属；二、上述办案人员与本案有利害关系；三、与本案当事人有其他关系，可能影响对案件的公正审理。回避制度是一项旨在保障诉讼公正的审判制度，它有利于防止与案件有利害关系或者其他关系的人员参加案件的审理，从而影响案件的客观公正的处理。适用回避，能够增强当事人及诉讼代理人对办案人员的信任感，消除顾虑，进而减少不必要的上诉或者申诉，提高办案效率。

（三）公开审判制度

公开审判制度是指法院的审判活动依法向社会公开的制度。根据中国诉讼法的规定，公开审判制度的内容包括：一、法院应当在开庭前公告当事人姓名、案由、开庭的时间、地点，以便群众旁听。二、除法律规定不公开审理的案件外，审判过程向社会公开，允许群众旁听，新闻记者采访报道。三、不论案件是否公开审理，判决都必须公开宣告。公开审判制度不是绝对的，有些案件依法不公开审理，它们是：涉及国家秘密的案件，涉及个人隐私的案件，其他法律规定不宜公开审理的案件。

公开审判制度是社会主义民主在诉讼中的体现，是保障审判公正的关键性制度。实行公开审判，将法院的审判活动置于广大人民群众的监督之下，有利于增强审判人员依法办案的责任感，对于诉讼参加人和证人如实陈述事实和提供证言，也有一定约束作用。此外，公开审判也是一种法制宣传教育的极好方式，有助于广大群众增强法律意识和法制观念。

（四）两审终审制度

两审终审制度是指一个诉讼案件经过两级法院审理即宣告终结的制度。

根据《法院组织法》的规定，中国法院分为 4 级：最高法院、高级法院、中级法院和基层法院。除最高法院外．其他各级法院都有自己的上一级法院。按照两审终审制．一个案件经第一审法院审判后，当事人如果不服，有权在法定期限内向上一级法院提起上诉，由该L一级法院进行第二审。二审法院作出的判决、裁定即为终审的判决和裁定，当事人不得再行上诉。

两审终审制度是符合中国实际的终审制度。在大多数情况下，两审终审能够保证对案件的正确处理，有助于司法审判效能的发挥。同时，中国诉讼中还有审判监督程序和当事人申请再审程序，如果发现终审裁判确有错误，还可以通过这两种程序予以纠正。

（五）案件管辖制度

诉讼中的案件管辖是指公安、司法机关在受理刑事案件时的权限划分和在法院系统内受理、审判各类第一审案件时的权限划分。前者的含义称为职能管辖；是中国刑事诉讼特有的管辖。后者的含义称为审判管辖，是适用于各类诉讼的管辖。

1、职能管辖

职能管辖是中国刑事诉讼特有的管辖，是指法院、检察院和公安机关之间在受理刑事案件范围上的分工，这种分工主要是根据公、检、法三机关在国家机构中所担负的职能确定的，因而称为职能管辖或者部门管辖。在刑事诉讼中，职能管辖是审判管辖的基础，它首先

用以解决哪一类刑事案件由公、检、法哪一机关立案侦察或者直接受理。根据中国刑事诉讼法的规定，职能管辖的内容是：

（1）自诉案件由法院直接受理。自诉案件包括下列案件：告诉才处理的案件；被害人有证据证明的轻微刑事案件；被害人有证据证明对被告人侵犯自己人身、财产权利的行为应当依法追究刑事责任，而公安机关或者人民检察院不予追究被告人刑事责任的案件（第204条）。

（2）贪污贿赂犯罪，国家工作人员的读职犯罪，国家机关工作人员利用职权实施的非法拘禁、刑讯逼供、报复陷害、非法搜查的侵犯公民人身权利的犯罪以及侵犯公民民主权利的犯罪，由检察院立案侦查。对于国家机关工作人员利用职权实施的其他重大的犯罪案件，需要由检察院直接受理的时候，经省级以上检察院决定，可以由检察院立案侦查。

（3）刑事案件的侦查由公安机关进行，法律另有规定的除外。这就是说，除了法院和检察院直接受理的刑事案件外，其他刑事案件都由公安机关侦察。

2、审判管辖

审判管辖是指在法院系统内就受理审判第一审案件的权限分工。具体地说，是指普通法院的各级法院之间、同级法院之间、普通法院与专门法院之间，在受理、审判第一审案件时的分工。审判管辖所要解决的是一个案件应由哪一种、哪一级、哪一个法院受理、审判的问题。审判管辖包括级别管辖、地域管辖、移送管辖、指定管辖、选择管辖、协议管辖、专门管辖等内容。

（1）级别管辖

级别管辖是指各级法院在受理、审判第一审案件时的权限分工。级别管辖所要解决的问题是在普通法院系统内，确定哪些案件由哪一级法院进行第一审审判。级别管辖是审判管辖的核心。

根据中国诉讼法的有关规定，级别管辖的大致分工是基层法院管辖绝大多数的第一审民事案件、行政案件和普通刑事案件。中级法院管辖本辖区内较重大、复杂和专业性强的第一案件，其中民事案件包括：重大涉外案件，涉及台、港、澳同胞及其企业、组织的经济纠纷案件，海事、海商案件，专利纠纷案件等。行政案件包括：确认发明专利权案件，海关处理的案件，对国务院各部门或者省、自治区、直辖市政府具体行政行为提起诉讼的案件等。刑事案件包括：危害国家安全的案件，可能判处无期徒刑、死刑的普通刑事案件，外国人犯罪的案件。高级法院管辖本区内即省、自治区、直辖市范围内有重大影响、案情复杂的第一审民事案件、行政案件和全省性重大刑事案件。但高级法院的主要任务是审理中级法院的上诉

案件和对本辖区中级法院和基层法院的工作进行指导和监督。最高法院管辖全国范围内有重大影响、案情复杂以及它认为应由自己审理的第一审民事、行政和刑事案件口最高法院是最高国家审判机关，它所直接审理的第一审案件数量很少，其主要任务是审理高级法院的上诉案件、对全国各级各类法院的工作进行指导和监督，对审判工作中所涉及的法律具体应用问题进行司法解释。

（2）地域管辖

地域管辖是指同级法院之间在受理、审判第一审案件时的分工。地域管辖所要解决的问题是在明确了级别管辖的基础上，确定同一级别不同地域的法院之间对第一审案件的管辖，也就是确定一个具体案件的第一审审判最终由哪一个法院进行。

在民事诉讼和行政诉讼中，地域管辖可分为一般地域管辖和特殊地域管辖。一般地域管辖又称普通管辖，是指以当事人住所与法院辖区的关系来确定管辖法院。一般地域管辖的原则是“原告就被告”，即被告住所地在哪一个法院辖区就由哪个法院管辖。民事案件的被告住所地，公民一般是其户籍所在地，有时是其经常居住地。法人和其他组织是其主要营业地或者其主要办事机构所在地。行政案件的被告住所地指最初作出具体行政行为的行政机关所在地以及行政复议案件中改变原具体行政行为的复议机关所在地。实行“原告就被告”原则，便于被告应诉，以在双方当事人到庭的情况下解决争议；有利于法院调查取证，及时作出裁判；也有利于判决、裁定的执行。特殊地域管辖又称特别管辖，是指以诉讼标的或者引起法律关系发生、变更、消灭的法律事实所在地及被告住所地为标准，确定管辖法院。特殊地域管辖是相对于一般地域管辖而言，是法律对某些特殊案件的管辖所作的特殊规定。民事诉讼中的特殊地域管辖如：因合同纠纷提出的诉讼，由合同履行地或者被告所在地法院管辖；因票据纠纷提起的诉讼，由票据支付地或者被告住所地法院管辖；因运输合同纠纷提起的诉讼，由运输始发地，目的地或者被告所在地法院管辖；因侵权行为提起的诉讼，由侵权行为地或者被告住所地法院管辖；等等。行政诉讼中的特殊地域管辖如因对限制人身自由的行政强制措施不服而提起的诉讼，由原告所在地、被限制人身自由所在地或者被告所在地法院管辖。另外，民事诉讼、行政诉讼中都有关于因不动产提起的诉讼，由不动产所在地法院管辖的规定。

刑事诉讼中的地域管辖没有一般地域管辖和特殊地域管辖之分，它的基本原则有两个，一是以犯罪地法院管辖为主，被告人居住地法院管辖为辅的原则。二是以最初受理的法院审判为主，主要犯罪地法院为辅的原则。这是根据刑事诉讼的特点，根据有效地打击犯罪的需要而确立的管辖原则。

（3）移送管辖和指定管辖

移送管辖是指法院受理案件后，发现本法院对该案无管辖权，依法将案件移送给有管辖权的法院审理的制度。移送管辖是对管辖发生错误所采用的一种纠正措施，它通常发生在同级异地法院之间，有时也发生在不同审级法院之间。依照法律规定，移送管辖由已经受理案件而无管辖权的法院作出移送案件裁定进行移送，此移送裁定对受移送的法院具有约束力。受移送的法院对移送的案件必须受理不得拒绝或者退回。如果受移送的法院认为自己确无管辖权，应当报请上级法院实行指定管辖，不得再自行移送。这样规定是为防止有关法院之间就移送案件互相推楼，侵害当事人诉权。

指定管辖是指上级法院以裁定方式，指定下级法院对某一案件行使管辖权的制度。指定管辖的实质是法律赋予上级法院在一定情况下具有变更与确定案件管辖法院的机动权．以适应审判实际中的某些需要。指定管辖主要适用于两种情况：一种是因管辖不明或者有关法院对案件发生管辖权争议．巨未能通过协商解决的。另一种是有管辖权的法院由于特殊原因，不能行使管辖权的。这里的特殊原因包括事实原因和法律原因。前者指不可抗力事由，如：地震、洪水、战争等。后者指某种法律事实，如当事人申请回避或者审判人员自行回避，无法组成合议庭等。

（4）共同管辖、选择管辖和协议管辖

共同管辖是指依照法律规定，两个以上的法院对同一案件都有管辖权，在民事诉讼、行政诉讼和刑事诉讼中都可能发生共同管辖问题。

选择管辖是指在出现共同管辖局面时，当事人可以选择有管辖权的法院之一起诉。原告向两个以上有管辖权的法院同时起诉的，由收到诉状、先立案的法院管辖。

协议管辖是民事诉讼中仅适用于解决合同纠纷第一审案件审理的管辖，是指双方当事人在纠纷发生前或者纠纷发生后，以书面形式约定管辖法院。其范围包括被告住所地法院、合同履行地法院、合同签定地法院、原告住所地法院和标的物所在地法院。协议管辖既适用于涉外民事诉讼。也适用于国内民事诉讼。

（5）专门管辖

专门管辖是指法律规定对某些特殊性质的案件由专门法院管辖的制度口中国的专门法院有海事法院、铁路法院、军事法院等。专门法院所管辖的都是涉及某些专门业务或者专门性问题的案件。如海事法院管辖民事诉讼中因港口作业所造成的浸权纠纷案件。铁路运输法院管辖刑事诉讼中破坏铁路交通设施、危害铁路运输和生产的案件。军事法院管辖刑事诉讼中军人违反职责罪、危害国防利益罪案件等。

（六）证据制度

1、证据的概念特征

诉讼中的证据是指法律所确认的能够证明案件真实情况的一切事实。证据具有以下 3 个基本特征：

（1）证据是客观存在的事实，而不是任何人的主观想象、揣测或者臆造的产物。这是证据的最本质的特征。客观存在的事实都是在一定的时间、空间和条件下发生的，它总是作用于客观外界并引起一定的变化，在一定的范围和场合留下迹象，正是这些客观存在成为查明案情真象的根据。

（2）证据是与案件事实有联系的事实。证据之所以能够对案件事实起证明作用，就在于它与案件事实之间存在着某种联系。与证明案件事实无关的事实，不是诉讼上的证据。

（3）证据必须具有合法性。这里的合法性是指：一、证据必须具有法律要求的形式。如符合法定证据种类的要求。二、证据必须由当事人依法定程序提供，或者由办案人员依法定程序收集调取。三、证据必须经法定程序查证属实。由此可见，证据又不仅仅是与案件事实有某种联系的客观事实，还必须是符合法定形式和法律要求的事实。有人将这样的事实称为可定案证据，以示与一般意义上的证据相区别。

证据在诉讼活动中具有极其重要的意义。它是有关诉讼当事人主张权利的必要依据。是法院查明事实，正确处理案件的基础。是追使违法犯罪人承担法律责任，保护有关当事人合法权益的有力工具。

2、证据的种类

证据的种类是指表现证据事实的各种外部形式。也可称为证据事实的来源或者证据资料。中国诉讼法规定的证据种类有以下 7 种：

（1）物证是指对案件真实情况起证明作用的物品或者痕迹。它以物的外形、结构、物征、品质或者痕迹来证明案件的客观真实情况。物证具有较强的客观性、可靠性、在证明活动中应用广泛，具有其他证据无法替代的作用。

（2）书证是指用文字、符号、图画等记载的内容来证明案件事实的文件。书证与物证的不同在于：它是以其内容来证明案件事实的，因此，一经收集并查证属实，就可以比较直接地证明案件中一定的事实。书证是诉讼中被普遍应用的一种证据。

（3）证人证言是指当事人以外知道案件情况的人对案件事实所作的陈述。证人证言是证人对案件感知或者传闻情况的反映，它一方面有可能较当事人等利害关系人的陈述更为客

观，另一方面也可能受主、客观条件的限制而使反映的情况不真实或者不完全真实。因此，对证人证言应当进行认真核实，再用作定案的根据。

（4）鉴定结论是指鉴定人运用专业知识或者技术，对案件中的专门问题进行鉴定后提出的书面性结论意见。鉴定结论是鉴定人从科学的角度提出的分析判断意见，是建筑在科学研究基础上的证据形式，它对于解决案件中的专门性间题具有十分重要的作用。

（5）勘验笔录是指办案人员对能够证明案件事实的现场或者不能、不便拿到法庭的物证，就地进行检验、勘查后作的记载。包括：文字、绘图、照像、录像等和勘验笔录同类型的证据，在行政诉讼中还有现场笔录，是指行政机关工作人员在执法现场对当时的情况所作的记载。在刑事诉讼中还有检查笔录，是指办案人员为确定被害人、犯罪嫌疑人、被告人某些特征、伤害情况或者生理状态，而对他们的人身进行检验和观察后所作的记载。

（6）视听资料是指以录音、录像、电子计算机或者其他高科技设备所录制存储的音响、图像、数据、信息等证明案件真实情况的材料。视听资料是运用现代科学技术手段记录案件事实的证据形式，它再现案件情况立体直观；核实其他证据方便有效，收集证据及时迅速，在诉讼活动中具有重要价值。要注意的是视听资料存在被伪造、变造的可能，利用时需以技术手段进行鉴别审查。

（7）当事人的陈述，被害人的陈述和犯罪嫌疑人、被告人的供述和辩解。当事人的陈述，是指民事诉讼、行政诉讼的当事人就案件的真实情况向法院所作的说明。当事人是实体法律关系纠纷的相关主体，他们最清楚案件的事实真相，听取他们的陈述，有助于审判人员全面掌握案情弄清纠纷的原因及后果等。被害人陈述，是指刑事被害人就其受害情况和其他与案件有关的情况向公安司法机关所作的陈述。被害人陈述对许多案件来说是立案侦察、追究犯罪的起点，没有被害人的控告陈述就发现不了犯罪行为，而且它能够帮助确定侦察方向，鉴别其他证据的真伪，在刑事诉讼中具有重要意义。

犯罪嫌疑人、被告人的供述辩解，是指刑事诉讼中的犯罪嫌疑人就有关案件的情况向侦察、检察和审判人员所作的陈述，通常也称“口供”。其内容包括犯罪嫌疑人、被告人承认自己有罪的供述和说明自己无罪或者罪轻的辩解。犯罪嫌疑人、被告人的供述和辩解经查证属实可以作为定案的一种证据，特别是对认定犯罪的动机和目的有重要作用。

3、举证责任

举证责任是指法律为诉讼当事人设定的对有待认定的案件事实提出证据加以证明的负担。根据中国诉讼法的规定，中国诉讼中的举证责任分别是：

在民事诉讼中，实行“谁主张，谁举证”的原则，即当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。在一般情况下，负有举证责任的当事人若不能提出证据支持自己的主张，其主张即不能成立。实际上是当事人要对举证不能承担对自己不利的法律后果。

在刑事诉讼中，公诉案件，公诉人负有举证责任。即公诉人在法庭审判中，应当向合议庭提出证据，证实起诉书对被告人所控诉的犯罪事实。自诉案件，自诉人负有举证责任。即自诉人在向法院提出控诉时，应当提出证据支持自己的指控。在刑事诉讼中，犯罪嫌疑人、被告人不承担举证责任，但并不享有沉默权。对于侦察人员和审判人员的提问，犯罪嫌疑人、被告人应当如实回答。

在行政诉讼中，由被告方即作出具体行政行为的行政机关承担举证责任。被告的举证范围包括向法院提交作出具体行政行为的事实根据和作出具体行为所依据的规范性文件。在行政诉讼中，法律确认由被告方承担举证责任是因其在行政法律关系中的主导地位所决定的，根据行政行为须遵循“先取证，后裁决”的规则，被告方即行政机关应当也实际上具备举证能力，而处于被动、服从地位的行政相对人则几乎不具备举证能力。从求得行政诉讼双方当事人权利义务平等看，由被告方即行政机关承担举证责任才不失公允。

（七）期间、送达制度

1、期间制度

诉讼上的期间是指办案机关、当事人和其他诉讼参与人进行诉讼行为必须遵守的期限和期日。这是广义的期间的含义，它包括期限和期日。狭义的期间则仅指期限。

狭义的期间，即期限，是指办案机关、当事人和有关诉讼参与人完成某种诉讼行为的期限。如法院审理案件的期限，被告提交答辩状的期限等。根据中国诉讼法的规定，狭义的期间分为法定期间和指定期间。

法定期间是指由法律明文规定的期间。也就是将进行某种诉讼行为的时间规定在法律条文中，只有在法律规定的期间内完成才具有法律效力，否则没有法律效力。例如，中国民事诉讼法和行政诉讼法规定；当事人不服第一审法院所作的判决，有权在判决书送达之日起15日内向上一级法院提起上诉。据此，有关当事人若不服第一审法院的判决，必须在接到判决书后的15日内提起上诉才具有法律效力，引起第二审程序的发生。否则，将失去上诉权。法定期间是不可变更的，任何机关、单位和个人都无权延长或者缩短。因此，法定期间又称为不变期间。

指定期间是指法院根据案件的具体情况，依职权指定完成某项具体诉讼行为的期间。如法院指定当事人补正起诉状欠缺内容的时间、法院指定当事人作出鉴定结论的时间等。如果

遇到特殊情况，当事人或者其他诉讼参与人不能在指定期间内完成规定的诉讼行为时，可以申请延长，法院根据实际情况可以改变原来确定的期间，重新指定期间。

期间以时、日、月、年计算。期间开始的时和日不计算在内，应以开始时、日的次时、次日起计算。期间以月、年计算的，起算以日为标准，经过期间的实际月数和年数，应与始期对应的日为期间届满。期间届满的最后一日为节假日的，以节假日后的第一个工作日为届满日期。期间不包括在途期间。诉讼文书在期间届满前交邮而在期间届满后才收到的，不算过期。确认的原则是以邮寄的邮戳日为准。

当事人没有在法定期间或者指定期间完成应为诉讼行为的称为期间的耽误。这可能由主、客观两种原因造成。因当事人故意或者过失导致的期间耽误属于主观原因，对此，当事人要承担对其不利的法律后果。如丧失某项诉讼权利。因当事人意志以外的原因导致的期间耽误属于客观原因，对此，当事人可在障碍消除后的法定期间内申请顺延期限，由法院决定是否顺延；或者由法院依职权直接决定顺延或者重新指定期间。

期日是指法院与当事人及其他诉讼参与人会合进行诉讼行为的日期和时间。期日由法院指定。如决定某月某日某时开庭审理某个案件。根据诉讼行为的不同，期日可以准备程序期日、调查证据期日、调解期日、审判期日等。

期日可以变更。如遇到特殊情况不能如期进行诉讼活动，法院可以依当事人申请或者自行决定变更期日。当事人和其他诉讼参与人未在法院指定的期日内进行诉讼行为称为期日的耽误。当事人等有正当理由耽误期日的，可以申请法院变更期日；无正当理由耽误期日的，则要承担相应的法律后果。例如在民事诉讼和行政诉讼中，原告经法院无正当理由拒不到庭的，可视为撤诉；被告无正当理由拒不到庭的，可以缺席判决。

2、送达制度

送达是指办案机关依法定程序和方式将诉讼文书和文件送交当事人、其他诉讼参与人及有关单位的行为。送达是一种重要的诉讼行为，它是联系各个诉讼环节的纽带，是使诉讼文件发生法律效力的必要条件。

送达具有以下特征：

一、送达的主体是公安司法机关。当事人及其他诉讼参与人不是送达主体。

二、送达是一种特定的诉讼行为，只能由法定的办案机关向当事人、其他诉讼参加人及单位进行。办案机关之间相互发送文件的行为，当事人等向办案机关递交诉讼文书的行为都不是送达。

三、送达的内容是法律文书及诉讼文件。如判决书、裁定书、调解书、起诉状副本、答辩状副本、传票及通知书等。

四、送达必须依法定程序和方式进行。否则不产生预期的法律后果。

根据诉讼法的规定，送达的方式有以下 6 种：

一、直接送达是指办案机关派专人将诉讼文书直接交给受送达人的送达方式。受送达人本人不在时，由他的成年家属签收，或者由他的诉讼代理人、指定的代收人签收。受送达人是法人或者其他组织的，应当由该法人的法定代表人、该组织的主要负责人或者办公室、收发室、值班室等负责收件的人签收。办案机关送达诉讼文书，一般应以直接送达为原则。

二、留置送达是指在受送达人无理拒收送达文书时，送达人将诉讼文书留置于送达场所的送达方式。采用这种送达方式时，送达人应当邀请受送达人所在基层组织代表或者其他人到场，说明情况，将送达文书留在受送达人处所，并在送达回证上写清拒收理由、见证人姓名、送达日期，由送达人、见证人签名盖章。至此即为送达完毕，与直接送达具有同等法律效力。

三、委托送达是指办案机关在直接送达有困难时，委托受送达人所在地公检法机关代为送达的送达方式。

四、邮寄送达是指办案机关将要送达的法律文书通过邮局挂号寄给受送达人的一种送达方式。这也是在直接送达有困难时采用的送达方式。邮寄应由办案机关工作人员直接办理，以受送达人挂号回执上注明的收件日期为送达日期。

五、转交送达是指办案机关将诉讼文书交受送达人所在机关、单位代收后转交给受送达人的送达方式。转交送达主要适用于受送达人是军人的或者是被监禁、被劳动教养的，前者由所在部队转交，后者由所在劳改、劳教单位转交。

八、公告送达是指法院在受送达人下落不明或者采用上述送达方式无法送达时而以张贴公告、登报等办法将诉讼文书公诸于众，经过法定期间，即视为送达的特殊送达方式。

（3）送达回证

送达回证是办案机关与受送达人之间发生诉讼法律关系的凭证。因此，办案机关送达诉讼文书应当有送达回证，由受送达人在送达回证上注明收到文书的时间，并签名或者盖章等。送达回证属于诉讼资料，应带回办案机关附卷存查。

第三节　民事诉讼法

一、民事诉讼和民事诉讼法

民事诉讼是指法院在双方当事人和其他诉讼参与人的参加下，审理和解决民事案件的活动。

民事诉讼的特点是：一、民事诉讼所涉及的是平等民事主体的财产关系和人身关系的案件；二、民事诉讼各主体在诉讼中的作用各有不同。法院的审判活动在整个诉讼过程中起主导作用；当事人的诉讼行为对诉讼的发生、发展和终结有重大影响；其他诉讼参与人的诉讼行为对诉讼的进行有促进作用。三、民事诉讼过程具有阶段性和连续性。民事诉讼的过程是由若干阶段组成的，每一阶段都有自己的任务，只有完成了前一阶段的任务才能进入后一阶段。

民事诉讼法是指规定民事诉讼的程序制度，调整民事诉讼各主体在诉讼中的权利义务关系的法律规范的总称。在中国，民事诉讼法包括民事诉讼法典和其他法律文件中的民事诉讼法律规范。《民事诉讼法》是中国的民事诉讼法典，1991 年 4 月 9 日第 7 届全国人民代表大会第 4 次会议通过，2007 年 10 月 28 日第 10 届全国人民代表大会常务委员会第 30 次会议通过《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》，2012 年 8 月 31 日全国人民代表大会常务委员会 11 届第 28 次会议表决通过了全国人民代表大会常务委员会关于修改民事诉讼法的决定，自 2013 年 1 月 1 日起施行。

二、民事诉讼法的特有原则

（一）当事人诉讼权利平等的原则

当事人诉讼权利平等是指民事诉讼当事人享有平等的民事诉讼权利（第 8 条）。这一原则的含义是：一、诉讼当事人的法律地位平等，诉讼权利平等；任何一方当事人，不论其是原告还是被告，是公民还是法人，都不享有诉讼上的特权。这是公正合理地解决民事纠纷的基本要求，是民事诉讼规律的基本要求。二、法院应当保障和便利当事人平等地行使诉讼权利。法院在审理案件过程中，应当主动告知当事人享有的诉讼权利，应当一视同仁地为双方当事人提供均等的行使诉讼权利的机会和条件。

（二）法院调解原则

法院调解原则是指法院审理民事案件应当在自愿和合法的前提下，尽可能采用调解方式结案。《民事诉讼法》第 9 条规定，法院审理民事案件，应当根据自愿和合法的原则进行调解；调解不成的，应当及时判决。用调解方式解决民事纠纷是中国司法工作的优良传统。这样做的好处是，程序简化，方便群众，不伤和气，有利于执行。但适用调解应当坚持自愿、合法原则，不能强迫，不能违法。对于调解不成的案件，应当及时判决。

（三）辩论原则

辩论原则是指在法院的主持下，双方有权就争议的问题各自陈述其主张和根据，互相进行反驳和答辩，以澄清事实，维护自己的合法权益。《民事诉讼法》第 12 条规定，法院审理民事案件时，当事人有权进行辩论。辩论权是当事人一项重要的民事诉讼权利，当事人可以在法庭辩论阶段和其他阶段行使辩论权。辩论原则体现了审判活动的民主性，它有利于法院查明争议事实、核实有关证据、正确处理案件。

（四）处分原则

处分原则是指在民事诉讼中，当事人有依法处置自己的民事权利和诉讼权利的自由。《民事诉讼法》第 13 条规定，当事人有权在法律规定的范围内处分自己的民事权利和诉讼权利。这是民事诉讼的一个特点。当事人在诉讼中处分民事权利一般是通过处分诉讼权利来实现的，这主要表现在：一、当事人的民事权益受到侵害或者发生争议时，是否向法院起诉，由当事人自己决定；二、在诉讼中，原告可以放弃或者变更诉讼请求，被告可以承汰或者反驳诉讼请求，可以提出反诉；双方也可以自行和解；三、对一审判决或者裁定是否上诉，对生效的判决或者裁定是否申请强制执行，由当事人决定。但应该明确，当事人行使处分权利须在法定的范围内，且要接受法院的审查和监督。否则，将会引起处分行为的无效。

三、财产保全和先予执行

（一）财产保全

财产保全是指法院就所受理的案件，根据当事人的申请或者依职权对争议标的物或者当事人的其他财产采取保护措施，以保证将来生效的判决能得以执行的一种制度。

财产保全分为诉前财产保全和诉讼中的财产保全。

诉前财产保全是利害关系人因情况紧急，不立即申请保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在提起诉讼或者申请仲裁前向被保全财产所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院申请采取保全措施。申请人应当提供担保，不提供担保的，裁定驳

回申请。申请人在人民法院采取保全措施后30日内不依法提起诉讼或者申请仲裁的，人民法院应当解除保全（第101条）。

诉讼中的财产保全是人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因，使判决难以执行或者造成当事人其他损害的案件，根据对方当事人的申请，可以裁定对其财产进行保全、责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为；当事人没有提出申请的，人民法院在必要时也可以裁定采取保全措施。人民法院采取保全措施，可以责令申请人提供担保，申请人不提供担保的，裁定驳回申请。人民法院接受申请后，对情况紧急的，必须在48小时内作出裁定；裁定采取保全措施的，应当立即开始执行（第100条）。

保全限于请求的范围，或者与本案有关的财物（第102条）。

财产保全采取查封、扣押、冻结或者法律规定的其他方法。人民法院保全财产后，应当立即通知被保全财产的人。财产已被查封、冻结的，不得重复查封、冻结（第103条）。

（二）先予执行

先予执行是指法院在诉讼过程中，根据当事人的申请裁定一方当事人预先给付另一方当事人一定数额的金钱或者其他财物的制度。

法院裁定先予执行，依法须具备几个条件：人民法院裁定先予执行的，应当符合下列条件：当事人之间权利义务关系明确，不先予执行将严重影响申请人的生活或者生产经营的；被申请人有履行能力（第107条第1款）。根据《民事诉讼法》的规定，法院对下列案件可以裁定先予执行：一、追索赡养费、抚养费、抚育费、抚恤金、医疗费用的；二、追索劳动报酬的；三、因情况紧急需要先予执行的（第106条）。实行先予执行，法院可以视情况责令申请人提供担保。在案件审理终结时，如果申请人败诉的，应当赔偿被申请人因先予执行所遭受的财产损失（第107条第2款）。

四、民事诉讼程序

民事诉讼程序包括审判程序和执行程序。审判程序又包括：第一审普通程序、简易程序、第二审程序、特别程序、审判监督程序、督促程序、公示催告程序等内容。此外中国民事诉讼法还有关于涉外民事诉讼程序的特别规定。

（一）审判程序

1、第一审普通程序

中国民事诉讼实行两审终审制度，审理第一审民事案件的程序称为第一审程序。它包括普通程序和简易程序。

第一审普通程序，是法院审理民事案件适用的基础程序。它具有程序的完整性和适用的广泛性两大特点。《民事诉讼法》就一审普通程序起诉、受理、审理前的准备、开庭审理、诉讼的中止和终结，到最后法院作出判决的全过程都作了详细具体的规定。除法律另有规定的情况外，法院审理第一审民事案件都应当按照普通程序进行。另外，简易程序、第二审程序、特别程序以及审判监督程序相应间题仍应适用第一审普通程序的有关规定。

（1）起诉和受理

起诉是指当事人依法向法院提出请求的诉讼行为。主动提出请求的当事人称为原告，受原告控告的相对方称为被告。原告起诉，法院受理，立案，引起民事诉讼程序的开始。民事诉讼法规定，起诉必须具备一定的实质要件和形式要件。起诉必须符合下列条件：(一)原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织；(二)有明确的被告；(三)有具体的诉讼请求和事实、理由；（四）属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖（第 119 条）。起诉应当向人民法院递交起诉状，并按照被告人数提出副本。书写起诉状确有困难的，可以口头起诉，由人民法院记入笔录，并告知对方当事人（第 120 条）。起诉状应当记明下列事项：(一)原告的姓名、性别、年龄、民族、职业、工作单位、住所、联系方式，法人或者其他组织的名称、住所和法定代表人或者主要负责人的姓名、职务、联系方式；(二)被告的姓名、性别、工作单位、住所等信息，法人或者其他组织的名称、住所等信息；(三)诉讼请求和所根据的事实与理由；(四)证据和证据来源，证人姓名和住所（第 121 条）。

受理是指法院接受原告起诉，并开始诉讼程序的行为。人民法院应当保障当事人依照法律规定享有的起诉权利。对符合本法第 119 条的起诉，必须受理。符合起诉条件的，应当在 7 日内立案，并通知当事人；不符合起诉条件的，应当在 7 日内作出裁定书，不予受理；原告对裁定不服的，可以提起上诉（第 123 条）。

（2）审理前的准备

法院受理案件后到开庭审理这段时间内，为开庭审理作的一系列准备工作称为审理前的准备。人民法院应当在立案之日起 5 日内将起诉状副本发送被告，被告应当在收到之日起 15 日内提出答辩状。答辩状应当记明被告的姓名、性别、年龄、民族、职业、工作单位、住所、联系方式；法人或者其他组织的名称、住所和法定代表人或者主要负责人的姓名、职务、联系方式。人民法院应当在收到答辩状之日起 5 日内将答辩状副本发送原告。被告不提出答辩状的，不影响人民法院审理（第 125 条）。

法院经过审查，认为有必须共同进行诉讼的当事人没有参加诉讼的，应当通知其参加诉讼（第 132 条）。合议庭组成人员确定后，应当在 3 日内告知当事人（第 128 条）。法院审判人员应认真审阅双方当事人提出的诉讼文件，并调查收集必要的证据（第 129 条）。

（3）开庭审理

开庭审理是指在法院合议庭主持下，传集各方当事人和诉讼参加人对案件全面审查，依法作出裁决的诉讼活动过程。除法律另有规定者外，如涉及国家机密及个人隐私的案件，开庭审理一律公开进行。开庭审理程序分为庭审准备、法庭调查、法庭辩论、法庭调解、合议庭评议及宣告判决几个阶段。

一、庭审准备。法院审理民事案件，应当在开庭 3 日前通知当事人和其他诉讼参与人。公开审理的应当公告当事人姓名、案由和开庭时间、地点（第 136 条）。开庭审理前，书记员应当查明当事人和其他诉讼参与人是否到庭，宣布法庭纪律。开庭审理时，由审判长核对当事人，宣布案由，宣布审判人员、书记员名单，告知当事人有关的诉讼权利义务，询问当事人是否提出回避申请（第 137 条）。

二、法庭调查。法庭调查是开庭审理的中心环节，包括当事人陈述；告知证人的权利义务，证人作证，宣读未到庭的证人证言；出示书证、物证、视听资料和电子数据；宣读鉴定意见；宣读勘验笔录（第 138 条）。

在法庭调查中，当事人经法庭允许，可以向证人、鉴定人、勘验人发间（第 139 条第 2 款）。当事人也可以提出新的证据请求调查（第 139 条第 1 款）。原告有权增加诉讼请求，被告有权提出反诉，第三人可以提出与本案有关的诉讼请求，由法院决定是否合并审理（第 140 条）。若合并审理，法庭调查顺序基本不变。

三、法庭辩论。法庭辩论是各方当事人在审判长主持下，就案件事实和适用法律阐明本方见解，针对对方观点展开辩论。法庭辩论按照下列顺序进行：原告及其诉讼代理人发言；被告及其诉讼代理人答辩；第三人及其诉讼代理人发言或者答辩；互相辩论。法庭辩论终结，由审判长按照原告、被告、第三人的先后顺序征询各方最后意见（第 141 条）。判决前能进行调解的仍可进行调解（第 142 条）。

四、合议庭评议。法庭辩论终结，调解不成的案件，应即进入合议庭评议阶段。合议庭实行民主评议，并按少数服从多数原则作出结论，不同意见应记入笔录。评议笔录经合议庭全体成员签名后生效。

五、宣告判决。合议庭评议后，制作裁判书，凡开庭审理的案件无论公开审理或者依法不公开审理的都必须公开宣告判决。当庭宣判的应在 10 日内发送判决书。定期宣判的，宣

判后应立即发给判决书。宣告判决时，告之当事人上诉的权利、期限和上诉法院（第 148 条）。

（4）开庭审理中的几种特殊情况

一、撤诉。撤诉是原告在诉讼程序开始后，法院判决前向法院提出并得到允许的撤回诉讼请求的行为。以下几种情况虽当事人未申请，法院也可视为撤诉：原告及有独立请求权的第三人，经传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的；原告未交案件受理费，或者申请减、缓、免，未获批准仍不交的；无民事行为能力的原告法定代理人，经传唤，无正当理由拒不到庭的。

二、缺席判决。缺席判决是法院在一方或者部分当事人不在场情况下依法作出的判决。在下列情况下，法院可以缺席判决：第一，被告经传唤无正当理由拒不到庭或者中途退庭的；第二，原告经传唤，无正当理由拒不到庭或者中途退庭，被告反诉的；第三，原告申请撤诉未获准，经传唤拒不当庭的。

三、延期审理。延期审理是由于发生某种特殊情况，法院无法如期开庭审理而推迟到新的期日进行的制度。有下列 4 种情况之一的，可以延期审理：(一)必须到庭的当事人和其他诉讼参与人有正当理由没有到庭的；(二)当事人临时提出回避申请的；(三)需要通知新的证人到庭，调取新的证据，重新鉴定、勘验，或者需要补充调查的；(四)其他应当延期的情形（第 146 条）。

四、诉讼中止。诉讼中止是因法定原因法院在诉讼进行中暂时停止诉讼程序的制度。有下列情形之一的，可以中止诉讼：(一)一方当事人死亡，需要等待继承人表明是否参加诉讼的；(二)一方当事人丧失诉讼行为能力，尚未确定法定代理人的；(三)作为一方当事人的法人或者其他组织终止，尚未确定权利义务承受人的；(四)一方当事人因不可抗拒的事由，不能参加诉讼的；(五)本案必须以另一案的审理结果为依据，而另一案尚未审结的；(六)其他应当中止诉讼的情形。中止诉讼的原因消除后，恢复诉讼（150 条）。

五、诉讼终结。诉讼终结是因在诉讼进程中发生特殊情况，使诉讼继续进行没有意义或者不得已而结束诉讼的制度。有下列情形之一的，终结诉讼：(一)原告死亡，没有继承人，或者继承人放弃诉讼权利的；(二)被告死亡，没有遗产，也没有应当承担义务的人的；(三)离婚案件一方当事人死亡的；(四)追索赡养费、扶养费、抚育费以及解除收养关系案件的一方当事人死亡的（第 151 条）。

2、简易程序

基层人民法院和它派出的法庭审理事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的简单的民事案件，适用简易程序规定。基层人民法院和它派出的法庭审理前款规定以外的民事案件，当事人双方也可以约定适用简易程序（第 157 条）。

对简单的民事案件，原告可以口头起诉。当事人双方可以同时到基层人民法院或者它派出的法庭，请求解决纠纷。基层人民法院或者它派出的法庭可以当即审理，也可以另定日期审理（第 158 条）。基层人民法院和它派出的法庭审理简单的民事案件，可以用简便方式传唤当事人和证人、送达诉讼文书、审理案件，但应当保障当事人陈述意见的权利（第 159 条）。简单的民事案件由审判员 1 人独任审理（第 160 条）。人民法院适用简易程序审理案件，应当在立案之日起 3 个月内审结（第 161 条）。基层人民法院和它派出的法庭审理符合本法第 157 条第 1 款规定的简单的民事案件，标的额为各省、自治区、直辖市上年度就业人员年平均工资百分之 30 以下的，实行一审终审（第 162 条）。人民法院在审理过程中，发现案件不宜适用简易程序的，裁定转为普通程序（第 163 条）。

3、第二审程序

第二审程序是上一级法院审理当事人对未发生法律效力的第一审民事判决和裁定不服而提起的上诉案件的程序。第二审程序因当事人的上诉而发生，是第一审程序的继续和发展。依照中国的终审制度，依第二审程序作出的裁定和判决是终审裁定和判决，一经宣告和送达，即发生法律效力。

（1）上诉的条件

上诉应当具备以下法定条件：一、提起上诉的人为第一审案件的原告、被告、共同诉讼人和有独立请求权的第三人；有明确被诉人，即第一审案件中的对方当事人及第三人。二、必须在法定期限内提起，对判决不服提起期限为 15 天，对裁定不服提起期限为 10 天（第 164 条）。上诉应当通过原审法院提出，也可直接向第二审法院上诉（第 166 条）。三、上诉人应当按法定形式递交上诉状。上诉状的内容，应当包括当事人的姓名，法人的名称及其法定代表人的姓名或者其他组织的名称及其主要负责人的姓名；原审人民法院名称、案件的编号和案由；上诉的请求和理由（第 165 条）。

（2）上诉案件的审理

第二审人民法院应当对上诉请求的有关事实和适用法律进行审查（第 168 条）。第二审人民法院对上诉案件，应当组成合议庭，开庭审理。经过阅卷、调查和询问当事人，对没有提出新的事实、证据或者理由，合议庭认为不需要开庭审理的，可以不开庭审理。第二审人民法院审理上诉案件，可以在本院进行，也可以到案件发生地或者原审人民法院所在地进行

（第 169 条）。第二审人民法院审理上诉案件，可以进行调解。调解达成协议，应当制作调解书，由审判人员、书记员署名，加盖人民法院印章。调解书送达后，原审人民法院的判决即视为撤销（第 172 条）。

（3）对上诉案件的裁判

第二审人民法院对上诉案件，经过审理，按照下列情形，分别处理：（一）原判决、裁定认定事实清楚，适用法律正确的，以判决、裁定方式驳回上诉，维持原判决、裁定；（二）原判决、裁定认定事实错误或者适用法律错误的，以判决、裁定方式依法改判、撤销或者变更；（三）原判决认定基本事实不清的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审，或者查清事实后改判；（四）原判决遗漏当事人或者违法缺席判决等严重违反法定程序的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审。原审人民法院对发回重审的案件作出判决后，当事人提起上诉的，第二审人民法院不得再次发回重审（第 170 条）。第二审人民法院对不服第一审人民法院裁定的上诉案件的处理，一律使用裁定（第 171 条）。

4、特别程序

特别程序是指法院审理特殊民事案件适用的法律程序。人民法院审理选民资格案件、宣告失踪或者宣告死亡案件、认定公民无民事行为能力或者限制民事行为能力案件、认定财产无主案件、确认调解协议案件和实现担保物权案件，适用特别程序（第 177 条）。特别程序实行一审终审。选民资格案件或者重大、疑难的案件，由审判员组成合议庭审理；其他案件由审判员一人独任审理（第 178 条）。

5、审判监督程序

审判监督程序是法定机关对法院已经发生法律效力的判决、裁定、调解发现确有错误依法提起再审的程序。这是民事诉讼中为纠正法院发生法律效力的错误裁判的一种补救性的独立审判程序。

依审判监督程序审理案件称为再审，分为以下几种情况：

（1）由原审法院提起再审。各级人民法院院长对本院已经发生法律效力的判决、裁定、调解书，发现确有错误，认为需要再审的，应当提交审判委员会讨论决定（第 190 条第 1 款）。

（2）由最高法院和上级法院提起再审。最高人民法院对地方各级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定、调解书，上级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定、调解书，发现确有错误的，有权提审或者指令下级人民法院再审（第 190 条第 2 款）。提审的案件，由提审法院作出中止原裁判和再审的裁定，并按照第二审程序进行再审，所作

裁判为终审裁判。指令再审的案件，生效裁判由第一审法院作出的，按第一审程序再审，生效裁判由第二审法院作出的，按照第二审程序再审。

（3）因检察院抗诉实行的再审。最高人民检察院对各级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现有本法第 200 条规定情形之一的，或者发现调解书损害国家利益、社会公共利益的，应当提出抗诉。地方各级人民检察院对同级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现有本法第 200 条规定情形之一的，或者发现调解书损害国家利益、社会公共利益的，可以向同级人民法院提出检察建议，并报上级人民检察院备案；也可以提请上级人民检察院向同级人民法院提出抗诉（第 208 条）。对人民检查院提出抗诉的案件，法院应当再审。

（4）因当事人申请实行的再审。当事人对已经发生法律效力的判决、裁定，认为有错误的，可以向上一级人民法院申请再审；当事人一方人数众多或者当事人双方为公民的案件，也可以向原审人民法院申请再审。当事人申请再审的，不停止判决、裁定的执行（第 199 条）。当事人的申请符合下列情形之一的，人民法院应当再审：（一）有新的证据，足以推翻原判决、裁定的；（二）原判决、裁定认定的基本事实缺乏证据证明的；（三）原判决、裁定认定事实的主要证据是伪造的；（四）原判决、裁定认定事实的主要证据未经质证；（五）对审理案件需要的主要证据，当事人因客观原因不能自行收集，书面申请人民法院调查收集，人民法院未调查收集的；（六）原判决、裁定适用法律确有错误的；（七）审判组织的组成不合法或者依法应当回避的审判人员没有回避的；（八）无诉讼行为能力人未经法定代理人代为诉讼或者应当参加诉讼的当事人，因不能归责于本人或者其诉讼代理人的事由，未参加诉讼的；（九）违反法律规定，剥夺当事人辩论权利的；（十）未经传票传唤，缺席判决的；（十一）原判决、裁定遗漏或者超出诉讼请求的；（十二）据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更的；（十三）审判人员审理该案件时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的（第 200 条）。当事人申请再审，应当在判决、裁定发生法律效力 2 年内向原审法院或者上一级法院提出。

6、督促程序

督促程序是法院依债权人申请，以支付令形式催促债务人限期履行还债义务的程序。第 214 条 债权人请求债务人给付金钱、有价证券，符合下列条件的，可以向有管辖权的基层人民法院申请支付令：（一）债权人与债务人没有其他债务纠纷的；（二）支付令能够送达债务人的。申请书应当写明请求给付金钱或者有价证券的数量和所根据的事实、证据（第 214 条）。债权人提出申请后，人民法院应当在 5 日内通知债权人是否受理（第 215 条）。

人民法院受理申请后，经审查债权人提供的事实、证据，对债权债务关系明确、合法的，应当在受理之日起 15 日内向债务人发出支付令；申请不成立的，裁定予以驳回。债务人应当自收到支付令之日起 15 日内清偿债务，或者向人民法院提出书面异议。债务人在前款规定的期间不提出异议又不履行支付令的，债权人可以向人民法院申请执行（第 216 条）。人民法院收到债务人提出的书面异议后，经审查，异议成立的，应当裁定终结督促程序，支付令自行失效。支付令失效的，转入诉讼程序，但申请支付令的一方当事人不同意提起诉讼的除外（第 217 条）。

7、公示催告程序

公示催告程序是法院依票据持有人的申请，以公告方式，通知不明利害关系人在法定期限内主张权利，如无人主张权利，经申请人申请作出除权判决的程序。该程序适用于可以背书转让的票据被盗、遗失、灭失或者依法可以申请公示催告的其他事项（第 218 条第 1 款）。申请人应当向人民法院递交申请书，写明票面金额、发票人、持票人、背书人等票据主要内容和申请的理由、事实（第 218 条第 2 款）。法院以书面审查及公告方式进行审理，既不做实质性调查，也不用开庭。

人民法院决定受理申请，应当同时通知支付人停止支付，并在 3 日内发出公告，催促利害关系人申报权利。公示催告的期间，由人民法院根据情况决定，但不得少于 60 日（第 219 条）。支付人收到人民法院停止支付的通知，应当停止支付，至公示催告程序终结。公示催告期间，转让票据权利的行为无效（第 220 条）。

利害关系人应当在公示催告期间向人民法院申报。人民法院收到利害关系人的申报后，应当裁定终结公示催告程序，并通知申请人和支付人。申请人或者申报人可以向人民法院起诉（第 221 条）。没有人申报的，人民法院应当根据申请人的申请，作出判决，宣告票据无效。判决应当公告，并通知支付人。自判决公告之日起，申请人有权向支付人请求支付（第 222 条）。利害关系人因正当理由不能在判决前向人民法院申报的，自知道或者应当知道判决公告之日起 1 年内，可以向作出判决的人民法院起诉（第 223 条）。

（二）执行程序

执行程序是法院法定执行组织及其人员对不履行已发生法律效力的法律文书所确定的当事人，依法强制其履行法定义务的程序。发生法律效力的法律文书又称执行文书，它包括具有给付内容的民事判决书、裁定书、调解书、支付令，刑事判决书和裁定书，行政判决书和裁定书，仲裁裁决书和调解书等。

1、执行管辖

根据执行依据的法律文书不同，执行管辖分为以下几种情况：一、执行文书为法院已发生法律效力的民事判决、裁定、调解协议、支付令及刑事判决、裁定中的财产部分，由原第一审法院管辖，设执行员执行。二、执行文书为其他机关制作依法应由法院执行的，如仲裁机关作出的裁定书、调解书；行政机关制作的决定书等，则由被执行人住所地或者被执行财产所在地的基层法院管辖。三、执行文书为法院制作的承认和执行外国法院判决，或者外国仲裁机构裁决的裁定书的，由作出裁定书的法院管辖。

2、执行异议及执行和解

执行过程中，案外人对执行标的提出书面异议的，人民法院应当自收到书面异议之日起15日内审查，理由成立的，裁定中止对该标的的执行；理由不成立的，裁定驳回。案外人、当事人对裁定不服，认为原判决、裁定错误的，依照审判监督程序办理；与原判决、裁定无关的，可以自裁定送达之日起15日内向人民法院提起诉讼（第227条）。

双方当事人经过协商，就彼此间的权利义务关系自愿达成协议，并得到法院批准称为执行和解。在执行中，双方当事人自行和解达成协议的，执行员应当将协议内容记入笔录，由双方当事人签名或者盖章。申请执行人因受欺诈、胁迫与被执行人达成和解协议，或者当事人不履行和解协议的，人民法院可以根据当事人的申请，恢复对原生效法律文书的执行（第230条）。

3、执行措施

执行员接到申请执行书或者移交执行书，应当向被执行人发出执行通知，并可以立即采取强制执行措施（第240条）。

被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务，应当报告当前以及收到执行通知之日前一年的财产情况。被执行人拒绝报告或者虚假报告的，人民法院可以根据情节轻重对被执行人或者其法定代理人、有关单位的主要负责人或者直接责任人员予以罚款、拘留（第241条）。

被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务，人民法院有权向有关单位查询被执行人的存款、债券、股票、基金份额等财产情况。人民法院有权根据不同情形扣押、冻结、划拨、变价被执行人的财产。人民法院查询、扣押、冻结、划拨、变价的财产不得超出被执行人应当履行义务的范围。人民法院决定扣押、冻结、划拨、变价财产，应当作出裁定，并发出协助执行通知书，有关单位必须办理（第242条）。

被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务，人民法院有权扣留、提取被执行人应当履行义务部分的收入。但应当保留被执行人及其所扶养家属的生活必需费用。人民法院扣

留、提取收入时，应当作出裁定，并发出协助执行通知书，被执行人所在单位、银行、信用合作社和其他有储蓄业务的单位必须办理（第 243 条）。

被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务，人民法院有权查封、扣押、冻结、拍卖、变卖被执行人应当履行义务部分的财产。但应当保留被执行人及其所扶养家属的生活必需品。采取前款措施，人民法院应当作出裁定（第 244 条）。

人民法院查封、扣押财产时，被执行人是公民的，应当通知被执行人或者他的成年家属到场；被执行人是法人或者其他组织的，应当通知其法定代表人或者主要负责人到场。拒不到场的，不影响执行。被执行人是公民的，其工作单位或者财产所在地的基层组织应当派人参加。对被查封、扣押的财产，执行员必须造具清单，由在场人签名或者盖章后，交被执行人 1 份。被执行人是公民的，也可以交他的成年家属 1 份（第 245 条）。

被查封的财产，执行员可以指定被执行人负责保管。因被执行人的过错造成的损失，由被执行人承担（第 246 条）。

财产被查封、扣押后，执行员应当责令被执行人在指定期间履行法律文书确定的义务。被执行人逾期不履行的，人民法院应当拍卖被查封、扣押的财产；不适于拍卖或者当事人双方同意不进行拍卖的，人民法院可以委托有关单位变卖或者自行变卖。国家禁止自由买卖的物品，交有关单位按照国家规定的价格收购（第 247 条）。

被执行人不履行法律文书确定的义务，并隐匿财产的，人民法院有权发出搜查令，对被执行人及其住所或者财产隐匿地进行搜查。采取前款措施，由院长签发搜查令（第 248 条）。

法律文书指定交付的财物或者票证，由执行员传唤双方当事人当面交付，或者由执行员转交，并由被交付人签收。有关单位持有该项财物或者票证的，应当根据人民法院的协助执行通知书转交，并由被交付人签收。有关公民持有该项财物或者票证的，人民法院通知其交出。拒不交出的，强制执行（第 249 条）。

强制迁出房屋或者强制退出土地，由院长签发公告，责令被执行人在指定期间履行。被执行人逾期不履行的，由执行员强制执行。强制执行时，被执行人是公民的，应当通知被执行人或者他的成年家属到场；被执行人是法人或者其他组织的，应当通知其法定代表人或者主要负责人到场。拒不到场的，不影响执行。被执行人是公民的，其工作单位或者房屋、土地所在地的基层组织应当派人参加。执行员应当将强制执行情况记入笔录，由在场人签名或者盖章。强制迁出房屋被搬出的财物，由人民法院派人运至指定处所，交给被执行人。被执

行人是公民的，也可以交给他的成年家属。因拒绝接收而造成的损失，由被执行人承担（第250条）。

在执行中，需要办理有关财产权证照转移手续的，人民法院可以向有关单位发出协助执行通知书，有关单位必须办理（第251条）。

对判决、裁定和其他法律文书指定的行为，被执行人未按执行通知履行的，人民法院可以强制执行或者委托有关单位或者其他人完成，费用由被执行人承担（第252条）。

被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行给付金钱义务的，应当加倍支付迟延履行期间的债务利息。被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行其他义务的，应当支付迟延履行金（第253条）。

人民法院采取本法第242条、第243条、第244条规定的执行措施后，被执行人仍不能偿还债务的，应当继续履行义务。债权人发现被执行人有其他财产的，可以随时请求人民法院执行（第254条）。

被执行人不履行法律文书确定的义务的，人民法院可以对其采取或者通知有关单位协助采取限制出境，在征信系统记录、通过媒体公布不履行义务信息以及法律规定的其他措施（第255条）。

4、执行的中止和终结

有下列情形之一的，人民法院应当裁定中止执行：（一）申请人表示可以延期执行的；（二）案外人对执行标的提出确有理由的异议的；（三）作为一方当事人的公民死亡，需要等待继承人继承权利或者承担义务的；（四）作为一方当事人的法人或者其他组织终止，尚未确定权利义务承受人的；（五）人民法院认为应当中止执行的其他情形。中止的情形消失后，恢复执行（第256条）。

有下列情形之一的，人民法院裁定终结执行：（一）申请人撤销申请的；（二）据以执行的法律文书被撤销的；（三）作为被执行人的公民死亡，无遗产可供执行，又无义务承担人的；（四）追索赡养费、扶养费、抚育费案件的权利人死亡的；（五）作为被执行人的公民因生活困难无力偿还借款，无收入来源，又丧失劳动能力的；（六）人民法院认为应当终结执行的其他情形（第257条）。中止和终结执行的裁定，送达当事人后立即生效（第258条）。

5、执行回转

执行完毕后，据以执行的判决、裁定和其他法律文书确有错误，被人民法院撤销的，对已被执行的财产，人民法院应当作出裁定，责令取得财产的人返还；拒不返还的，强制执行（第 233 条）。

（三）涉外民事诉讼程序

涉外民事诉讼程序是法院审理和执行具有涉外因素的民事案件的程序。它由中国《民事诉讼法》中的涉外民事诉讼程序的特别规定、国内其他、民事诉讼程序规定和某些国际条约的有关规定几部分所构成。

所谓涉外因素是指：一、案件的实体法律关系的主体双方或者一方为外国人、无国籍人、外国企业或者组织；二、法律关系的客体（物）在国外；三、引起双方民事权利和民事义务发生、变更或者消灭的法律事实发生在国外。

1、涉外民事诉讼程序应当遵循的一般原则

（1）适用中国民事诉讼法的原则。法院审理涉外民事案件时，首先适用中国《民事诉讼法》第 4 编的特别规定，特别规定未涉及的内容，适用民事诉讼法其他规定。

（2）国家主权原则。其含义包括坚持中国法院的司法管辖权；人民法院审理涉外民事案件，应当使用中华人民共和国通用的语言、文字，当事人要求提供翻译的，可以提供，费用由当事人承担（第 262 条）；外国人、无国籍人、外国企业和组织在人民法院起诉、应诉，需要委托律师代理诉讼的，必须委托中华人民共和国的律师（第 263 条）；外国法院委托中国法院执行其生效裁判时，中国法院将全面审查等。

（3）适用中国缔结或者参加的国际条约原则。中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用该国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外（第 260 条）。

（4）司法豁免权原则。对享有外交特权与豁免的外国人、外国组织或者国际组织提起的民事诉讼，应当依照中华人民共和国有关法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定办理（第 261 条）。

2、涉外民事案件的管辖

因合同纠纷或者其他财产权益纠纷，对在中华人民共和国领域内没有住所的被告提起的诉讼，如果合同在中华人民共和国领域内签订或者履行，或者诉讼标的物在中华人民共和国领域内，或者被告在中华人民共和国领域内有可供扣押的财产，或者被告在中华人民共和国领域内设有代表机构，可以由合同签订地、合同履行地、诉讼标的物所在地、可供扣押财产所在地、侵权行为地或者代表机构住所地人民法院管辖（第 265 条）。因在中华人民共和国

履行中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同发生纠纷提起的诉讼，由中华人民共和国人民法院管辖（第 266 条）。

3、涉外民事案件的送达与期间

人民法院对在中华人民共和国领域内没有住所的当事人送达诉讼文书，可以采用下列方式：（一）依照受送达人所在国与中华人民共和国缔结或者共同参加的国际条约中规定的方式送达；（二）通过外交途径送达；（三）对具有中华人民共和国国籍的受送达人，可以委托中华人民共和国驻受送达人所在国的使领馆代为送达；（四）向受送达人委托的有权代其接受送达的诉讼代理人送达；（五）向受送达人在中华人民共和国领域内设立的代表机构或者有权接受送达的分支机构、业务代办人送达；（六）受送达人所在国的法律允许邮寄送达的，可以邮寄送达，自邮寄之日起满 3 个月，送达回证没有退回，但根据各种情况足以认定已经送达的，期间届满之日视为送达；（七）采用传真、电子邮件等能够确认受送达人收悉的方式送达；（八）不能用上述方式送达的，公告送达，自公告之日起满 3 个月，即视为送达（第 267 条）。被告在中华人民共和国领域内没有住所的，人民法院应当将起诉状副本送达被告，并通知被告在收到起诉状副本后 30 日内提出答辩状。被告申请延期的，是否准许，由人民法院决定（第 268 条）。在中华人民共和国领域内没有住所的当事人，不服第一审人民法院判决、裁定的，有权在判决书、裁定书送达之日起 30 日内提起上诉。被上诉人在收到上诉状副本后，应当在 30 日内提出答辩状。当事人不能在法定期间提起上诉或者提出答辩状，申请延期的，是否准许，由人民法院决定（第 269 条）。人民法院审理涉外民事案件的期间，不受本法第 149 条、第 176 条规定的限制（第 270 条）。

第四节　行政诉讼法

一、行政诉讼和行政诉讼法

行政诉讼是指公民、法人或者其他组织认为行政机关及其工作人员的具体行政行为侵犯了其合法权益，依法向法院起诉，并由法院进行审理和裁判的一种诉讼活动。

行政诉讼法是调整法院、当事人、其他诉讼参与人以及法律监督机关在行政诉讼中的关系的法律规范的总称。中国行政诉讼法的主要渊源是《行政诉讼法》（1989 年 4 月 4 日第 7

届全国人民代表大会第 2 次会议通过，根据 2014 年 11 月 1 日第 12 届全国人民代表大会常务委员会第 11 次会议《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国行政诉讼法〉的决定》修正，自 2015 年 5 月 1 日起施行）。除了这部法典外，中国宪法、法律、法规和司法解释中有关行政诉讼所应遵循的原则、制度和规定，也是中国行政诉讼法的渊源。

二、行政诉讼法的特有原则

（一）司法审查原则

司法审查原则，也称合法性审查原则，其含义是法院审理行政案件，只对具体行政行为进行合法性审查。这一原则划清了司法审判权与行政权的职权范围口确定具体行政行为的合法性，是审判权的职权范围；而确定具体行政行为的合理、恰当是行政权的职权范围，前者可通过行政诉讼方式解决，后者一般采用行政复议形式解决。只有当行政机关作出的行政处罚显失公正时，法院才可以判决变更，这是司法审查的例外。

（二）不调解原则

法院审理行政案件时，不适用调解原则，不得以调解方式结案。因行政机关的具体行政行为是一种执法行为，只有当这种行政行为不合法时，法院才有权进行否定处理。这一原则有利于加强法律、法规的严肃性，便于行政机关依法行使职权。

三、行政诉讼的受案范围

行政诉讼的受案范围是指法律规定的法院受理和审判行政案件的范围。

人民法院受理公民、法人或者其他组织提起的下列诉讼：（一）对行政拘留、暂扣或者吊销许可证和执照、责令停产停业、没收违法所得、没收非法财物、罚款、警告等行政处罚不服的；（二）对限制人身自由或者对财产的查封、扣押、冻结等行政强制措施和行政强制执行不服的；（三）申请行政许可，行政机关拒绝或者在法定期限内不予答复，或者对行政机关作出的有关行政许可的其他决定不服的；（四）对行政机关作出的关于确认土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的决定不服的；（五）对征收、征用决定及其补偿决定不服的；（六）申请行政机关履行保护人身权、财产权等合法权益的法定职责，行政机关拒绝履行或者不予答复的；（七）认为行政机关侵犯其经营自主权或者农村土地承包经营权、农村土地经营权的；（八）认为行政机关滥

用行政权力排除或者限制竞争的；（九）认为行政机关违法集资、摊派费用或者违法要求履行其他义务的；（十）认为行政机关没有依法支付抚恤金、最低生活保障待遇或者社会保险待遇的；（十一）认为行政机关不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议等协议的；（十二）认为行政机关侵犯其他人身权、财产权等合法权益的。除前款规定外，人民法院受理法律、法规规定可以提起诉讼的其他行政案件（第 12 条）。

人民法院不受理公民、法人或者其他组织对下列事项提起的诉讼：国防、外交等国家行为；行政法规、规章或者行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令；行政机关对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定；法律规定由行政机关最终裁决的行政行为（第 13 条）。

四、行政诉讼程序

行政诉讼程序是指行政诉讼法规定的法院处理行政案件活动的过程。它包括：起诉和受理；审理和判决、执行三个阶段。

（一）起诉和受理

起诉指公民、法人或者其他组织认为行政机关或者行政机关工作人员的具体行政行为侵害了自己的合法权益，请求法院运用审判权保护其合法权益的诉讼行为。

1、当事人起诉程序

原告起诉的程序，可以分为两种情况：一种情况是，对属于人民法院受案范围的行政案件，公民、法人或者其他组织可以先向行政机关申请复议，对复议决定不服的，再向人民法院提起诉讼；也可以直接向人民法院提起诉讼。第二种情况是，法律、法规规定应当先向行政机关申请复议，对复议决定不服再向人民法院提起诉讼的，依照法律、法规的规定（第 44 条）。

2、起诉的条件

原告起诉是行政诉讼程序发生的起因，法院对行政诉讼采用“不告不理”的原则。行政诉讼起诉应具备的条件是：一、原告是认为被具体行政行为侵害了合法权益的公民、法人或者其他组织；二、有明确的被告；三、有具体的诉讼请求和事实根据；四、属于法院受理的范围和受诉法院管辖（第 49 条）。

3、起诉期限

行政诉讼的起诉必须在法定期限内提出。超过法定期限的，当事人将丧失诉权。起诉期限分为一般期限和特殊期限两类。

（1）一般期限是指《行政诉讼法》规定的普遍适用的行政诉讼的起诉期限。行政诉讼法第 39 条规定，当事人直接向人民法院提起行政诉讼的，应当在知道作出具体行政行为之日起 3 个月内提出。因此，直接起诉的一般期限为知道作出具体行政行为之日起 3 个月。根据行政诉讼法第 38 条第 2 款的规定，不服行政复议而起诉的一般期限为 15 日，即在收到复议决定书之日起 15 日内向人民法院提起诉讼；若复议机关逾期不作决定的，当事人可以在复议期满之日起 15 日内向人民法院提起诉讼。

（2）特殊期限是指《行政诉讼法》所认可，由其他单行法律所规定的起诉期限。在适用上，特殊期限优于一般期限。单行法律对特别起诉期限的规定，没有统-标准，需要视具体法律而定。中国行政诉讼中的特殊期限分见于有关的法律、法规中，分别有 5 日、15 日、30 日、3 个月等。

4、受理

人民法院在接到公民、法人或者其他组织起诉状后，应当组成合议庭，对起诉的内容和形式进行审查，并根据审查结果作出受理或者不予受理的裁定。

人民法院对起诉进行审查后，应作如下处理：

1）对于符合起诉条件的，受诉法院必须在收到起诉状之日起 7 日内立案。一经立案，即产生两方面的法律效果：一方面，受诉法院既取得了对此案的审判权，也要担当起相应的责任；另一方面，起诉人和被诉人分别取得了原告和被告的诉讼地位。

2）对不符合起诉条件的，受诉人民法院应在收到起诉状之日起 7 日内，作出不予受理的裁定。起诉人对不予受理的裁定，可在接到裁定书之日起 10 日内向上一级人民法院提出上诉。

3）对起诉条件有欠缺的，受诉法院可以要求起诉人限期补正。起诉人补正后，经审查，符合法定条件，人民法院应当受理。

4）按照《行诉法解释》规定，受诉人民法院在收到起诉状之日起 7 日内，一时不能决定是否受理起诉的，应当先予受理；受理后经审查不符合起诉条件的，裁定驳回起诉。

（二）审理和判决

审理和判决合称为审判。审判程序包括第一审程序，第二审程序及审判监督程序。中国行政诉讼法对其分别作了规定。

1、第一审程序

中国行政诉讼法对第一审程序的规定有以下内容：审理前的准备；审理行政案件的法律依据；审理期限；审理中的各项制度；判决等。

（1）审理前的准备。法院受理案件后至开庭前，要作各种准备工作。主要有：一、组成合议庭。人民法院审理行政案件，由审判员组成合议庭，或者由审判员、陪审员组成合议庭。合议庭的成员，应当是 3 人以上的单数（第 68 条）。二、通知被告应诉和发送诉讼文书。人民法院应当在立案之日起 5 日内，将起诉状副本发送被告。被告应当在收到起诉状副本之日起 15 日内向人民法院提交作出行政行为的证据和所依据的规范性文件，并提出答辩状。人民法院应当在收到答辩状之日起 5 日内，将答辩状副本发送原告。被告不提出答辩状的，不影响人民法院审理（第 67 条）。三、审查诉讼文书和调查收集证据。审查诉讼材料，调查收集证据，这是合议庭审理前准备的中心工作。四、审查被告提供作出具体行政行为的事实根据和所依据的法律文件的合法性。五、审查具体行政行为是否具有停止执行的条件。六、审查是否有先行给付的情况存在。七、审查有无不公开审理的条件。

（2）审理行政案件的法律依据。人民法院审理行政案件，以法律和行政法规、地方性法规为依据。地方性法规适用于本行政区域内发生的行政案件。人民法院审理民族自治地方的行政案件，并以该民族自治地方的自治条例和单行条例为依据。人民法院审理行政案件，参照规章（第 63 条）。

（3）审理的期限。人民法院应当在立案之日起 6 个月内作出第一审判决。有特殊情况需要延长的，由高级人民法院批准，高级人民法院审理第一审案件需要延长的，由最高人民法院批准（第 81 条）。

（4）撤诉和缺席判决。经人民法院传票传唤，原告无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退庭的，可以按照撤诉处理；被告无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退庭的，可以缺席判决（第 58 条）。人民法院对行政案件宣告判决或者裁定前，原告申请撤诉的，或者被告改变其所作的行政行为，原告同意并申请撤诉的，是否准许，由人民法院裁定（第 62 条）。

（5）对妨害行政诉讼的强制措施。对妨害行政诉讼的强制措施是指在行政诉讼过程中，对扰乱、阻碍、破坏行政诉讼活动正常进行的人所采取的必要措施。诉讼参与人或者其他人有下列行为之一的，人民法院可以根据情节轻重，予以训诫、责令具结悔过或者处一万元以下的罚款、15 日以下的拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任：有义务协助调查、执行的人，对人民法院的协助调查决定、协助执行通知书，无故推拖、拒绝或者妨碍调查、执行的；伪造、隐藏、毁灭证据或者提供虚假证明材料，妨碍人民法院审理案件的；指使、贿

买、胁迫他人作伪证或者威胁、阻止证人作证的；隐藏、转移、变卖、毁损已被查封、扣押、冻结的财产的；以欺骗、胁迫等非法手段使原告撤诉的；以暴力、威胁或者其他方法阻碍人民法院工作人员执行职务，或者以哄闹、冲击法庭等方法扰乱人民法院工作秩序的；对人民法院审判人员或者其他工作人员、诉讼参与人、协助调查和执行的人员恐吓、侮辱、诽谤、诬陷、殴打、围攻或者打击报复的。人民法院对有前款规定的行为之一的单位，可以对其主要负责人或者直接责任人员依照前款规定予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。罚款、拘留须经人民法院院长批准。当事人不服的，可以向上一级人民法院申请复议一次。复议期间不停止执行（第 59 条）。

（6）判决。法院经对第一审案件的审理，分别情况作出如下判决：

行政行为证据确凿，适用法律、法规正确，符合法定程序的，或者原告申请被告履行法定职责或者给付义务理由不成立的，人民法院判决驳回原告的诉讼请求（第 69 条）。

行政行为有下列情形之一的，人民法院判决撤销或者部分撤销，并可以判决被告重新作出行政行为：主要证据不足的；适用法律、法规错误的；违反法定程序的；超越职权的；滥用职权的；明显不当的（第 70 条）。人民法院判决被告重新作出行政行为的，被告不得以同一的事实和理由作出与原行政行为基本相同的行政行为（第 71 条）。

人民法院经过审理，查明被告不履行法定职责的，判决被告在一定期限内履行（第 72 条）。人民法院经过审理，查明被告依法负有给付义务的，判决被告履行给付义务（第 73 条）。

行政行为有下列情形之一的，人民法院判决确认违法，但不撤销行政行为：行政行为依法应当撤销，但撤销会给国家利益、社会公共利益造成重大损害的；行政行为程序轻微违法，但对原告权利不产生实际影响的。行政行为有下列情形之一，不需要撤销或者判决履行的，人民法院判决确认违法：行政行为违法，但不具有可撤销内容的；被告改变原违法行政行为，原告仍要求确认原行政行为违法的；被告不履行或者拖延履行法定职责，判决履行没有意义的（第 74 条）。

行政行为有实施主体不具有行政主体资格或者没有依据等重大且明显违法情形，原告申请确认行政行为无效的，人民法院判决确认无效（第 75 条）。

人民法院判决确认违法或者无效的，可以同时判决责令被告采取补救措施；给原告造成损失的，依法判决被告承担赔偿责任（第 76 条）。

行政处罚明显不当，或者其他行政行为涉及对款额的确定、认定确有错误的，人民法院可以判决变更。人民法院判决变更，不得加重原告的义务或者减损原告的权益。但利害关系人同为原告，且诉讼请求相反的除外（第 77 条）。

被告不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除本法第 12 条第 1 款第 11 项规定的协议的，人民法院判决被告承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等责任。

被告变更、解除本法第 12 条第 1 款第 11 项规定的协议合法，但未依法给予补偿的，人民法院判决给予补偿（第 78 条）。

复议机关与作出原行政行为的行政机关为共同被告的案件，人民法院应当对复议决定和原行政行为一并作出裁判（第 79 条）。

人民法院对公开审理和不公开审理的案件，一律公开宣告判决。当庭宣判的，应当在 10 日内发送判决书；定期宣判的，宣判后立即发给判决书。宣告判决时，必须告知当事人上诉权利、上诉期限和上诉的人民法院（第 80 条）。

当事人不服人民法院第一审判决的，有权在判决书送达之日起 15 日内向上一级人民法院提起上诉。当事人不服人民法院第一审裁定的，有权在裁定书送达之日起 10 日内向上一级人民法院提起上诉。逾期不提起上诉的，人民法院的第一审判决或者裁定发生法律效力（第 85 条）。

2、第二审程序

第二审程序，是指上级法院对下级法院，针对第一审案件所作的判决、裁定，在发生法律效力前，基于当事人的上诉，对案件进行审理的程序。又称为上诉审程序。

人民法院对上诉案件，应当组成合议庭，开庭审理。经过阅卷、调查和询问当事人，对没有提出新的事实、证据或者理由，合议庭认为不需要开庭审理的，也可以不开庭审理（第 86 条）。人民法院审理上诉案件，应当对原审人民法院的判决、裁定和被诉行政行为进行全面审查（第 87 条）。人民法院审理上诉案件，应当在收到上诉状之日起三个月内作出终审判决。有特殊情况需要延长的，由高级人民法院批准，高级人民法院审理上诉案件需要延长的，由最高人民法院批准（第 88 条）。

人民法院审理上诉案件，按照下列情形，分别处理：原判决、裁定认定事实清楚，适用法律、法规正确的，判决或者裁定驳回上诉，维持原判决、裁定；原判决、裁定认定事实错误或者适用法律、法规错误的，依法改判、撤销或者变更；原判决认定基本事实不清、证据不足的，发回原审人民法院重审，或者查清事实后改判；原判决遗漏当事人或者违法缺席判决等严重违反法定程序的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审。原审人民法院对发回

重审的案件作出判决后，当事人提起上诉的，第二审人民法院不得再次发回重审。人民法院审理上诉案件，需要改变原审判决的，应当同时对被诉行政行为作出判决（第 89 条）。

（3）审判监督程序

审判监督程序是指法院对已经发生法律效力的判决、裁定，发现违反法律、法规的规定，依法再次审理的程序。

审判监督程序并不适用于所有的行政诉讼案件，而只适用于那些已经发生法律效力但确实违反法律、法规需要再审的案件。该程序通常由担负着审判监督职责的最高法院、上级法院、法院院长、检察院提起。当事人对已经发生法律效力的判决、裁定，认为确有错误的，可以向原审法院或者上一级法院提出申诉，但不停止判决、裁定的执行（第 90 条）。当事人的申请符合下列情形之一的，人民法院应当再审：不予立案或者驳回起诉确有错误的；有新的证据，足以推翻原判决、裁定的；原判决、裁定认定事实的主要证据不足、未经质证或者系伪造的；原判决、裁定适用法律、法规确有错误的；违反法律规定的诉讼程序，可能影响公正审判的；原判决、裁定遗漏诉讼请求的；据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更的；审判人员在审理该案件时有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为的（第 91 条）。

各级人民法院院长对本院已经发生法律效力的判决、裁定，发现有本法第 91 条规定情形之一，或者发现调解违反自愿原则或者调解书内容违法，认为需要再审的，应当提交审判委员会讨论决定。最高人民法院对地方各级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，上级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现有本法第 91 条规定情形之一，或者发现调解违反自愿原则或者调解书内容违法的，有权提审或者指令下级人民法院再审（第 92 条）。

最高人民检察院对各级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现有本法第 91 条规定情形之一，或者发现调解书损害国家利益、社会公共利益的，应当提出抗诉。地方各级人民检察院对同级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现有本法第 91 条规定情形之一，或者发现调解书损害国家利益、社会公共利益的，可以向同级人民法院提出检察建议，并报上级人民检察院备案；也可以提请上级人民检察院向同级人民法院提出抗诉。各级人民检察院对审判监督程序以外的其他审判程序中审判人员的违法行为，有权向同级人民法院提出检察建议（第 93 条）。

（三）执行

当事人必须履行人民法院发生法律效力的判决、裁定、调解书（第 94 条）。公民、法人或者其他组织拒绝履行判决、裁定、调解书的，行政机关或者第三人可以向第一审人民法院申请强制执行，或者由行政机关依法强制执行（第 95 条）。行政机关拒绝履行判决、裁定、调解书的，第一审人民法院可以采取下列措施：对应当归还的罚款或者应当给付的款额，通知银行从该行政机关的账户内划拨；在规定期限内不履行的，从期满之日起，对该行政机关负责人按日处 50 元至 100 元的罚款；将行政机关拒绝履行的情况予以公告；向监察机关或者该行政机关的上一级行政机关提出司法建议。接受司法建议的机关，根据有关规定进行处理，并将处理情况告知人民法院；拒不履行判决、裁定、调解书，社会影响恶劣的，可以对该行政机关直接负责的主管人员和其他直接责任人员予以拘留；情节严重，构成犯罪的，依法追究刑事责任（第 96 条）。公民、法人或者其他组织对行政行为在法定期间不提起诉讼又不履行的，行政机关可以申请人民法院强制执行，或者依法强制执行（第 97 条）。

第五节　刑事诉讼法

一、刑事诉讼和刑事诉讼法

刑事诉讼是指国家专门机关查明和追究被告人犯罪，行使刑罚权的活动。中国的刑事诉讼是指司法机关在当事人及其他诉讼参与人的参加下，按照法定程序追究犯罪嫌疑人、被告人刑事责任的活动。

刑事诉讼法是规定刑事诉讼活动应当遵循的原则、制度和程序，明确公安、检察、法院各机关及当事人和其他诉讼参与人在诉讼活动中的职权、责任、权利与义务的法律规范的总称。中国刑事诉讼法的渊源包括《中华人民共和国刑事诉讼法》（1979 年 7 月 1 日第 5 届全国人民代表大会第 2 次会议通过，根据 1996 年 3 月 17 日第 8 届全国人民代表大会第 4 次会议《关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》第一次修正，根据 2012 年 3 月 14 日第 11 届全国人民代表大会第 5 次会议《关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》第二次修正），也包括国家立法机关制定的其他法律中有关刑事诉讼程序的规定。

二、中国刑事诉讼法的特有原则

（一）公、检、法三机关分工负责、互相配合、互相制约原则

《刑事诉讼法》第 7 条规定，法院、检察院和公安机关进行刑事诉讼，应当分工负责，互相配合，互相制约，以保证准确有效地执行法律，这是刑事诉讼中公、检、法三机关在处理相互关系中应当遵循的一项基本准则。

分工负责是要求公、检、法三机关在刑事诉讼中依据职权，各尽其职、各负其责，严格依照法定职能和管辖的分工进行诉讼活动。既不能互相取代，更不允许相互推诿。

互相配合是要求在公、检、法三机关刑事诉讼中，既遵守职权分工，又按法律规定程序从审理案件的全局着眼，互相支持，协调一致共同完成揭露、惩罚犯罪的任务。

互相制约是指通过不同诉讼程序使公、检、法三机关在行使职权时有所约束。例如，在提请、批准逮捕的程序上，公安与检察机关有制约关系；在一审与二审的程序衔接上，检察院与法院有制约关系。

分工负责、互相配合、互相制约是紧密相连不可分割的一个原则的三个方面。完整地恰当地把握好三个方面，是公、检、法三机关公正准确地执行法律，保证办案质量的前提。

（二）专门机关与群众相结合原则

《刑事诉讼法》第 6 条规定，法院、检察院和公安机关刑事诉讼中，必须依靠群众。这是中国刑事诉讼的一条特有原则，是中国长期司法实践传统和经验的总结。

刑事诉讼法用法律条文明确了专门机关与群众相结合的原则，并使之贯穿于全法当中，例如刑事诉讼法规定，保证一切与案件有关或者了解案情的公民，有客观充分提供证据的条件，除特殊情况外，可以吸收他们协助调查；对正在实施犯罪或者在犯罪后被发觉的人，通缉在案的人、越狱逃跑的人或者正在被追捕的人，任何公民都可以立即扭送公安机关；任何公民都可以控告、检举犯罪；公民控告、检举犯罪后，司法机关不立案的可以申请复议。吸收公民参加陪审；允许群众旁听公开审判的案件；管制刑执行、监外执行的群众监督；公民有权对已生效的判决、裁定提出申诉等都是这一原则的具体体现。

（三）保证诉讼参与人依法享有诉讼权原则

刑事诉讼的诉讼参与人包括当事人、法定代理人、诉讼代理人、辩护人、证人、鉴定人和翻译人员等。

刑事诉讼法依诉讼参与人在诉讼中的地位，赋予其相应的诉讼权利。如：当事人及法定代理人申请办案人员回避的权利；被告人的辩护权利、辩护人依法了解案情，查阅案件和同被告人会见和通信的权利等。

《刑事诉讼法》第 14 条规定，法院、检察院和公安机关有保障诉讼参与人依法享有诉讼权利的义务。诉讼参与人对于审判人员、检察人员和侦查人员侵犯公民诉讼权利和人身侮辱的行为，有权提出控告。

三、辩护与代理

（一）辩护

辩护是指犯罪嫌疑人、被告人和辩护人针对侦察机关的指控而进行的说明被指控人无罪、轻罪，应当减轻、免除刑罚或者不负刑事责任的驳论及辩解。辩护是刑事诉讼被告人享有的基本权利。《刑事诉讼法》第 11 条明确规定，被告人有权获得辩护，法院有义务保证被告人获得辩护。

中国的刑事辩护分为自行辩护、委托辩护和指定辩护 3 种。

自行辩护是指嫌疑人、被告人本人进行辩护的行为。自行辩护可在刑事诉讼的全过程中行使。

委托辩护。《刑事诉讼法》第 32 条规定，犯罪嫌疑人、被告人可以委托 1 至 2 人作为辩护人。下列的人可以被委托为辩护人：律师；人民团体或者犯罪嫌疑人、被告人所在单位推荐的人；犯罪嫌疑人、被告人的监护人、亲友。第 33 条规定，犯罪嫌疑人自被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起，有权委托辩护人；在侦查期间，只能委托律师作为辩护人。被告人有权随时委托辩护人。侦查机关在第一次讯问犯罪嫌疑人或者对犯罪嫌疑人采取强制措施的时候，应当告知犯罪嫌疑人有权委托辩护人。人民检察院自收到移送审查起诉的案件材料之日起 3 日以内，应当告知犯罪嫌疑人有权委托辩护人。人民法院自受理案件之日起 3 日以内，应当告知被告人有权委托辩护人。犯罪嫌疑人、被告人在押期间要求委托辩护人的，人民法院、人民检察院和公安机关应当及时转达其要求。犯罪嫌疑人、被告人在押的，也可以由其监护人、近亲属代为委托辩护人。

指定辩护。《刑事诉讼法》第 34 条规定，犯罪嫌疑人、被告人因经济困难或者其他原因没有委托辩护人的，本人及其近亲属可以向法律援助机构提出申请。对符合法律援助条件的，法律援助机构应当指派律师为其提供辩护。犯罪嫌疑人、被告人是盲、聋、哑人，或者

是尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人，没有委托辩护人的，人民法院、人民检察院和公安机关应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护。犯罪嫌疑人、被告人可能被判处无期徒刑、死刑，没有委托辩护人的，人民法院、人民检察院和公安机关应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护。

（二）代理

代理是指在刑事诉讼或者刑事附带民事诉讼中，代理人在授权范围内以被代理人的名义，按被代理人的意思表示，由被代理人承担法律后果而进行的诉讼行为。刑事诉讼代理分为三种：

（1）自诉案件的代理，是对由当事人起诉，法院直接受理的刑事案件的代理。代理人可以是律师或者其他公民。法院在受理该案件之日起 3 日内，应当告知自诉人及其法定代理人有权委托诉讼代理人。自诉人决定委托代理人应当与之签订委托合同，合同中要明确代理人的代理事项、代理权限和代理期间等事项（第 44 条）。

（2）公诉案件被害人的代理，是由本人及法定代理人或者其近亲属委托代理人进行诉讼活动。刑事诉讼法规定，公诉案件的被害人及其法定代理人或者近亲属，自案件移送审查起诉之日起，有权委托诉讼代理人。检察院自收到移送审查起诉的案件材料之日起 3 日以内，应当告知被害人及其法定代理人或者其近亲属有权委托诉讼代理人（第 44 条）。

代理人的职责主要是代理委托人向司法机关控告犯罪；代理律师依律师法规定可以收集、查阅与本案有关的材料；反映被害人对案件处理的意见和惩罚犯罪人的要求；被害人对检察院决定不起诉案件不服时，代理律师有权代表被害人向检察院提出申诉，也可在被害人授权下代其向法院提起自诉；在法庭审理案件时，诉讼代理人在审判长允许下可以向被告人、证人发问，也可以参加法庭辩论。

（3）刑事附带民事诉讼当事人的代理。被害人由于被告人的犯罪行为而受到物质损失的，有权提起刑事诉讼中附带民事诉讼，案件当事人及其法定代理人可以委托他人代理进行诉讼活动。公诉刑事案件附带民事诉讼当事人及其法定代理人委托代理人须在案件侦查终结并移送到检察院审查起诉之日起进行；自诉案件的当事人及其法定代理人可随时委托诉讼代理人。检察院，法院在收到移送审查起诉案件材料和法院受理自诉案件之日起 3 日内有义务告知附带民事诉讼当事人及法定代理人有权委托诉讼代理人（第 44 条）。诉讼代理人在授权范围内履行职责，代理诉讼行为维护委托人的合法经济权益。

四、强制措施

强制措施是指公、检、法三机关为了侦察和审判的顺利进行，防止犯罪嫌疑人、被告人继续危害社会而对其采取的暂时限制人身自由的方法。《刑事诉讼法》第五章规定了 5 种强制措施形式：

（1）拘传

拘传是指公安机关、人民检察院和人民法院对未被羁押的犯罪嫌疑人、被告人，依法强制其到案接受讯问的一种强制措施。拘传是对于不配合案件调查、审理或者案件情况紧急，需要犯罪嫌疑人、被告人到案接受讯问所采用的强制措施中最轻微的一种方法。其法律渊源是《刑事诉讼法》第 64 条。

拘传不具有羁押性质，被拘传人拘传到案讯问后应让其返回住处。《刑事诉讼法》第 117 条规定，拘传持续的时间不得超过 12 小时；案情特别重大、复杂，需要采取拘留、逮捕措施的，拘传持续的时间不得超过 24 小时。不得以连续拘传的形式变相拘禁犯罪嫌疑人。拘传犯罪嫌疑人，应当保证犯罪嫌疑人的饮食和必要的休息时间。

（2）取保候审

取保候审是指公、检、法三机关为保证犯罪嫌疑人、被告人不逃避或者妨碍诉讼顺利进行而随传随到，责令其提供保证人或者交纳保证金并出具保证书的一种强制措施。

《刑事诉讼法》第 65 条规定，对有下列情形之一的犯罪嫌疑人、被告人，可以取保候审：（1）可能判处管制、拘役或者独立适用附加刑的；（2）可能判处有期徒刑以上刑罚，采取取保候审不致发生社会危险性的；（3）患有严重疾病、生活不能自理，怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女，采取取保候审不致发生社会危险性的；（4）羁押期限届满，案件尚未办结，需要采取取保候审的。

第 69 条规定，被取保候审的犯罪嫌疑人、被告人应当遵守以下规定：（1）未经执行机关批准不得离开所居住的市、县；（2）住址、工作单位和联系方式发生变动的，在 24 小时以内向执行机关报告；（3）在传讯的时候及时到案；（4）不得以任何形式干扰证人作证；（5）不得毁灭、伪造证据或者串供。人民法院、人民检察院和公安机关可以根据案件情况，责令被取保候审的犯罪嫌疑人、被告人遵守以下一项或者多项规定：（1）不得进入特定的场所；（2）不得与特定的人员会见或者通信；（3）不得从事特定的活动；（4）将护照等出入境证件、驾驶证件交执行机关保存。

（3）监视居住

监视居住是指公、检、法三机关依法责令犯罪嫌疑人、被告人不得擅自离开住处或者指定居所，并对其行动加以监视的一种强制措施。

《刑事诉讼法》第 72 条规定，对符合逮捕条件，有下列情形之一的犯罪嫌疑人、被告人，可以监视居住：患有严重疾病、生活不能自理的；怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女；系生活不能自理的人的唯一扶养人；因为案件的特殊情况或者办理案件的需要，采取监视居住措施更为适宜的；羁押期限届满，案件尚未办结，需要采取监视居住措施的。

第 75 条规定，被监视居住的犯罪嫌疑人、被告人应当遵守以下规定：未经执行机关批准不得离开执行监视居住的处所；未经执行机关批准不得会见他人或者通信；在传讯的时候及时到案；不得以任何形式干扰证人作证；不得毁灭、伪造证据或者串供；将护照等出入境证件、身份证件、驾驶证件交执行机关保存。

（4）拘留

刑事拘留是指公安机关在遇有法定紧急情况时对现行犯或者重大嫌疑犯采取的临时剥夺人身自由的一种强制措施。

《刑事诉讼法》第 80 条规定，公安机关对于现行犯或者重大嫌疑分子，如果有下列情形之一的，可以先行拘留：正在预备犯罪、实行犯罪或者在犯罪后即时被发觉的；被害人或者在场亲眼看见的人指认他犯罪的；在身边或者住处发现有犯罪证据的；犯罪后企图自杀、逃跑或者在逃的；有毁灭、伪造证据或者串供可能的；不讲真实姓名、住址，身份不明的；有流窜作案、多次作案、结伙作案重大嫌疑的。

第 83 条规定，拘留后，应当立即将被拘留人送看守所羁押，至迟不得超过 24 小时。除无法通知或者涉嫌危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪通知可能有碍侦查的情形以外，应当在拘留后 24 小时以内，通知被拘留人的家属。有碍侦查的情形消失以后，应当立即通知被拘留人的家属。第 84 条规定，公安机关对被拘留的人，应当在拘留后的 24 小时以内进行讯问。在发现不应当拘留的时候，必须立即释放，发给释放证明。第 89 条规定，公安机关对被拘留的人，认为需要逮捕的，应当在拘留后的 3 日以内，提请人民检察院审查批准。在特殊情况下，提请审查批准的时间可以延长 1 日至 4 日。对于流窜作案、多次作案、结伙作案的重大嫌疑分子，提请审查批准的时间可以延长至 30 日。第 90 条规定，公安机关对人民检察院不批准逮捕的决定，认为有错误的时候，可以要求复议，但是必须将被拘留的人立即释放。

（5）逮捕

逮捕是指司法机关对符合条件的犯罪嫌疑人、被告人依法暂时剥夺人身自由，予以羁押的强制措施。批准、决定逮捕的机关是检察院和法院，执行逮捕的权力为公安机关享有。

《刑事诉讼法》第 79 条规定，对有证据证明有犯罪事实，可能判处徒刑以上刑罚的犯罪嫌疑人、被告人，采取取保候审尚不足以防止发生下列社会危险性的，应当予以逮捕：可能实施新的犯罪的；有危害国家安全、公共安全或者社会秩序的现实危险的；可能毁灭、伪造证据，干扰证人作证或者串供的；可能对被害人、举报人、控告人实施打击报复的；企图自杀或者逃跑的。对有证据证明有犯罪事实，可能判处十年有期徒刑以上刑罚的，或者有证据证明有犯罪事实，可能判处徒刑以上刑罚，曾经故意犯罪或者身份不明的，应当予以逮捕。被取保候审、监视居住的犯罪嫌疑人、被告人违反取保候审、监视居住规定，情节严重的，可以予以逮捕。

第 91 条规定，公安机关逮捕人的时候，必须出示逮捕证。逮捕后，应当立即将被逮捕人送看守所羁押。除无法通知的以外，应当在逮捕后 24 小时以内，通知被逮捕人的家属。第 92 条规定，人民法院、人民检察院对于各自决定逮捕的人，公安机关对于经人民检察院批准逮捕的人，都必须在逮捕后的 24 小时以内进行讯问。在发现不应当逮捕的时候，必须立即释放，发给释放证明。第 93 条规定，犯罪嫌疑人、被告人被逮捕后，人民检察院仍应当对羁押的必要性进行审查。对不需要继续羁押的，应当建议予以释放或者变更强制措施。有关机关应当在 10 日以内将处理情况通知人民检察院。

五、刑事附带民事诉讼

刑事附带民事诉讼，是指司法机关在刑事诉讼中，追究被告人刑事责任的同时，一并追究因被告人的犯罪行为所造成的物质损失的赔偿责任而进行的诉讼活动。《刑事诉讼法》第 99 条规定，被害人由于被告人的犯罪行为而遭受物质损失的，在刑事诉讼过程中，有权提起附带民事诉讼。被害人死亡或者丧失行为能力的，被害人的法定代理人、近亲属有权提起附带民事诉讼。如果是国家财产、集体财产遭受损失的，人民检察院在提起公诉的时候，可以提起附带民事诉讼。第 100 条规定，人民法院在必要的时候，可以采取保全措施，查封、扣押或者冻结被告人的财产。附带民事诉讼原告人或者人民检察院可以申请人民法院采取保全措施。人民法院采取保全措施，适用民事诉讼法的有关规定。第 101 条规定，人民法院审理附带民事诉讼案件，可以进行调解，或者根据物质损失情况作出判决、裁定。第 102 条规

定，附带民事诉讼应当同刑事案件一并审判，只有为了防止刑事案件审判的过分迟延，才可以在刑事案件审判后，由同一审判组织继续审理附带民事诉讼。

六、刑事诉讼阶段

刑事诉讼一般分立案、侦查、起诉、审判和执行 5 个阶段。实践中并非所有刑事案件都需经过全部五个阶段，例如自诉案件因案情比较简单，立案后可以直接进入审判阶段，不需经过侦查和起诉阶段。

（一）立案

立案是公、检、法三机关对报案、控告、举报和犯罪人自首等材料审查后决定其作为刑事案件进行侦查、审判的诉讼程序。立案是所有刑事案件的必经诉讼程序。

对刑事案件，只有公安机关、检察院和法院有立案权。立案的条件是经对审查立案材料，认为有犯罪事实需要追究刑事责任（第 110 条）。

立案材料主要来源于机关、团体、企事业单位及公民个人的报案与举报；被害人的控告及犯罪人的自首。在自诉案件中，被害人的起诉或者被害人法定代理人或者其近亲属的起诉也是李安材料来源。

（二）侦查

侦查是公安机关、检察院在办理公诉刑事案件时，依法所作的专门调查和采取的强制性措施。侦查包括以下几方面内容：

（1）讯问犯罪嫌疑人。人民检察院或者公安机关的侦查人员侦查人员 2 人以上对犯罪嫌疑人进行讯间，了解其是否犯罪（第 116 条）。

（2）询问证人和被害人。侦查人员向证人和被害人个别进行了解犯罪情况（第 122 条）。询问证人，应当告知他应当如实地提供证据、证言和有意作伪证或者隐匿罪证要负的法律责任（第 123 条）。

（3）勘验、检查。《刑事诉讼法》第 126 条规定，侦查人员对于与犯罪有关的场所、物品、人身、尸体应当进行勘验或者检查。在必要的时候，可以指派或者聘请具有专门知识的人，在侦查人员的主持下进行勘验、检查。勘验是对现场、物品或者尸体所进行的侦查行为；检查是对活人身体进行的侦查。

（4）搜查。《刑事诉讼法》第 134 条规定，为了收集犯罪证据、查获犯罪人，侦查人员可以对犯罪嫌疑人以及可能隐藏罪犯或者犯罪证据的人的身体、物品、住处和其他有关的

地方进行搜查。第 135 条规定，任何单位和个人，有义务按照人民检察院和公安机关的要求，交出可以证明犯罪嫌疑人有罪或者无罪的物证、书证、视听资料等证据。第 137 条规定，在搜查的时候，应当有被搜查人或者他的家属，邻居或者其他见证人在场。搜查妇女的身体，应当由女工作人员进行。

（5）扣押物证、书证。在侦查活动中发现的可用以证明犯罪嫌疑人有罪或者无罪的各种财物、文件，应当查封、扣押；与案件无关的财物、文件，不得查封、扣押（第 139 条）。

（6）鉴定。为了查明案情，需要解决案件中某些专门性问题的时候，应当指派、聘请有专门知识的人进行鉴定（第 144 条）。鉴定人进行鉴定后，应当写出鉴定意见，并且签名。鉴定人故意作虚假鉴定的，应当承担法律责任。常见鉴定有法医鉴定、司法精神病鉴定、笔迹、血型、指纹、会计和其他技术鉴定（第 145 条）。

（7）技术侦察措施。公安机关在立案后，对于危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪、重大毒品犯罪或者其他严重危害社会的犯罪案件，根据侦查犯罪的需要，经过严格的批准手续，可以采取技术侦查措施。人民检察院在立案后，对于重大的贪污、贿赂犯罪案件以及利用职权实施的严重侵犯公民人身权利的重大犯罪案件，根据侦查犯罪的需要，经过严格的批准手续，可以采取技术侦查措施，按照规定交有关机关执行。追捕被通缉或者批准、决定逮捕的在逃的犯罪嫌疑人、被告人，经过批准，可以采取追捕所必需的技术侦查措施（第 148 条）。为了查明案情，在必要的时候，经公安机关负责人决定，可以由有关人员隐匿其身份实施侦查。但是，不得诱使他人犯罪，不得采用可能危害公共安全或者发生重大人身危险的方法。对涉及给付毒品等违禁品或者财物的犯罪活动，公安机关根据侦查犯罪的需要，可以依照规定实施控制下交付（第 151 条）。

（8）通缉。应当逮捕的犯罪嫌疑人如果在逃，公安机关可以发布通缉令，采取有效措施，追捕归案。各级公安机关在自己管辖的地区以内，可以直接发布通缉令；超出自己管辖的地区，应当报请有权决定的上级机关发布（第 153 条）。

（三）起诉

中国刑事诉讼有自诉和公诉两种起诉形式。由被害人或者其法定代理人直接向法院提出起诉的称为自诉；由代表国家的检察院向法院提出起诉的称为公诉。

1、审查起诉

审查起诉是检察院对自行侦查终结和公安机关侦查终结移送的案件经过审查，决定对犯罪嫌疑人是否提起公诉的活动。《刑事诉讼法》第 167 条规定，凡需要提起公诉的案件，一

律由人民检察院审查决定。第 168 条规定，人民检察院审查案件的时候，必须查明：犯罪事实、情节是否清楚，证据是否确实、充分，犯罪性质和罪名的认定是否正确；有无遗漏罪行和其他应当追究刑事责任的人；是否属于不应追究刑事责任的；有无附带民事诉讼；侦查活动是否合法。

第 169 条规定，人民检察院对于公安机关移送起诉的案件，应当在 1 个月以内作出决定，重大、复杂的案件，可以延长半个月。

2、提起公诉或者不起诉

经过审查，检察院认为犯罪嫌疑人的犯罪事实清楚，证据确凿充分，应当依法追究刑事责任，具备了提起公诉的事实和法律条件，即作出起诉决定并向相应法院提起公诉。检察院提起公诉要制作起诉书向有管辖权的法院移送并作好支持公诉的准备；

检察院认为犯罪嫌疑人的行为不符合法定起诉条件的将作出不起诉的决定。不起诉包括以下情况：对于补充侦查的案件，检察院仍认为证据不足，不符合起诉条件的案件。犯罪嫌疑人行为情节显著轻微，危害不大，不认为是犯罪的；犯罪已过追诉时效期限的；经特赦免除刑罚的；依刑法告诉才处理的犯罪，没有告诉或者撤回告诉的；犯罪嫌疑人，被告人死亡的和其他法律规定免予追究刑事责任的案件。对犯罪情节轻微，依法不需判处刑罚，可以免予刑事处分的案件。

不起诉的决定，应当公开宣布，并将其送达不起诉人及其单位。属于公安机关移送案件，不起诉决定书应当送达公安机关。发生异议时，公安机关可以要求复议或者复核。有被害人的案件，应当将不起诉书送达被害人，被害人不服的，可在 7 日内向上一级检察院申诉，或者向法院起诉。

（四）审判

审判是指法院受理公诉和自诉案件后，依法对被告人是否犯罪，犯什么罪及如何适用刑罚作出判决或者裁定的活动。

1、审判组织。法院审判案件的组织有 3 种形式。独任法庭，适于基层法院审判简易程序的案件。合议庭，是中国刑事审判采取的基本形式。法院审判第一审案件、上诉和抗诉案件，均采用合议庭形式。对于疑难、重大、复杂的案件，合议庭认为难以作出决定的，提请法院院长交审判委员会讨论。

2、公诉案件的第一审程序

（1）庭前审查。法院受理检察院提起的公诉案件后，通过阅卷，调查，对犯罪事实清楚、证据充分的案件决定开庭审判。对主要事实不清，证据不足，不符合起诉条件的退回补充侦查。对不需判刑的，要求检察院撤回起诉。

（2）开庭前的准备工作。开庭前的准备工作包括确定合议庭人员；将起诉书副本在开庭前 10 日送达被告人，将开庭时间、地点在开庭前 3 日通知检察院，并传唤、通知当事人、辩护人、诉讼代理人、证人、鉴定人员和翻译等；公开审判案件，开庭前 3 日先期公布被告人姓名、案由、开庭时间和地点。上述活动情形应记人笔录，由审判员、书记员签名。

（3）法庭审判。法庭审判包括开庭、法庭调查、辩论、被告人最后陈述、评议和宣判五个阶段。开庭、辩论及被告人陈述与民事诉讼程序基本相同。法庭调查主要是对案件事实和证据进行审查核实。审判程序进行完，由被告人作最后陈述，之后，审判长宣布休庭，合议庭进行评议，依法作出判决。

3、自诉案件的第一审程序

自诉是指被害人或者其法定代理人向法院提起控诉的案件。法院对自诉案件主要在犯罪事实和证据两方面进行审查。人民法院对于自诉案件进行审查后，犯罪事实清楚，有足够证据的案件，应当开庭审判；缺乏罪证的自诉案件，如果自诉人提不出补充证据，应当说服自诉人撤回自诉，或者裁定驳回。自诉人经两次依法传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，按撤诉处理（第 205 条）。

自诉案件的审理一般按公诉第一审普通程序进行。人民法院对自诉案件，可以进行调解；自诉人在宣告判决前，可以同被告人自行和解或者撤回自诉（第 206 条）。自诉案件的被告人在诉讼过程中，可以对自诉人提起反诉。反诉适用自诉的规定（第 207 条）。

4、第二审程序

第二审程序是针对上诉和抗诉案件，由上一级法院对下一级法院未生效的裁判重新审理的程序。被告人、自诉人和他们的法定代理人，不服地方各级人民法院第一审的判决、裁定，有权用书状或者口头向上一级人民法院上诉。被告人的辩护人和近亲属，经被告人同意，可以提出上诉。附带民事诉讼的当事人和他们的法定代理人，可以对地方各级人民法院第一审的判决、裁定中的附带民事诉讼部分，提出上诉（第 216 条）。

地方各级人民检察院认为本级人民法院第一审的判决、裁定确有错误的时候，应当向上一级人民法院提出抗诉（第 217 条）。被害人及其法定代理人不服地方各级人民法院第一审的判决的，自收到判决书后 5 日以内，有权请求人民检察院提出抗诉。人民检察院自收到被害人及其法定代理人的请求后 5 日以内，应当作出是否抗诉的决定并且答复请求人（第 218

条）。不服判决的上诉和抗诉的期限为10日，不服裁定的上诉和抗诉的期限为5日，从接到判决书、裁定书的第2日起算（第219条）。被告人、自诉人、附带民事诉讼的原告人和被告人通过原审人民法院提出上诉的，原审人民法院应当在3日以内将上诉状连同案卷、证据移送上一级人民法院，同时将上诉状副本送交同级人民检察院和对方当事人。被告人、自诉人、附带民事诉讼的原告人和被告人直接向第二审人民法院提出上诉的，第二审人民法院应当在3日以内将上诉状交原审人民法院送交同级人民检察院和对方当事人（第220条）。地方各级人民检察院对同级人民法院第一审判决、裁定的抗诉，应当通过原审人民法院提出抗诉书，并且将抗诉书抄送上一级人民检察院。原审人民法院应当将抗诉书连同案卷、证据移送上一级人民法院，并且将抗诉书副本送交当事人（第221条）。

第二审法院对上诉、抗诉案件的审理，主要针对第一审判决认定的事实和适用法律全面进行审查，不受上诉、抗诉范围限制（第222条）。《刑事诉讼法》第225条规定，第二审人民法院对不服第一审判决的上诉、抗诉案件，经过审理后，应当按照下列情形分别处理：原判决认定事实和适用法律正确、量刑适当的，应当裁定驳回上诉或者抗诉，维持原判；原判决认定事实没有错误，但适用法律有错误，或者量刑不当的，应当改判；原判决事实不清楚或者证据不足的，可以在查清事实后改判；也可以裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判。原审人民法院对于依照前款第3项规定发回重新审判的案件作出判决后，被告人提出上诉或者人民检察院提出抗诉的，第二审人民法院应当依法作出判决或者裁定，不得再发回原审人民法院重新审判。

《刑事诉讼法》第226条规定，第二审人民法院审理被告人或者他的法定代理人、辩护人、近亲属上诉的案件，不得加重被告人的刑罚。第二审人民法院发回原审人民法院重新审判的案件，除有新的犯罪事实，人民检察院补充起诉的以外，原审人民法院也不得加重被告人的刑罚。人民检察院提出抗诉或者自诉人提出上诉的，不受前款规定的限制。

5、死刑复核程序

死刑复核程序，是对死刑判决和裁定进行审查核准的特别监督程序。包括判处死刑立即执行和死刑缓期二年执行案件的审查复核。

死刑由最高人民法院核准（第235条）。中级人民法院判处死刑的第一审案件，被告人不上诉的，应当由高级人民法院复核后，报请最高人民法院核准。高级人民法院不同意判处死刑的，可以提审或者发回重新审判。高级人民法院判处死刑的第一审案件被告人不上诉的，和判处死刑的第二审案件，都应当报请最高人民法院核准（第236条）。中级人民法院判处死刑缓期二年执行的案件，由高级人民法院核准（第237条）。最高人民法院复核死刑

案件，高级人民法院复核死刑缓期执行的案件，应当由审判员 3 人组成合议庭进行。无论最高法院还是高级法院复核死刑案件，须依法由审判员 3 人组成合议庭进行（第 238 条）。

（五）执行

执行是法院、检察院、公安机关和监狱为实现已经发生法律效力的判决、裁定所规定内容而进行的最后诉讼活动。

1、执行依据

判决和裁定在发生法律效力后执行。下列判决和裁定是发生法律效力的判决和裁定：已过法定期限没有上诉、抗诉的判决和裁定；终审的判决和裁定；最高人民法院核准的死刑的判决和高级人民法院核准的死刑缓期二年执行的判决（第 248 条）。

2、死刑判决的执行

最高法院判处和核准的死刑，立即执行判决，应由最高法院院长签发执行死刑命令（第 250 条）。下级法院接到命令后，7 日内执行。法院在交付执行死刑前，通知同级检察院派员监督。死刑执行前发现有下列情形之一的，应停止执行，立即报告最高法院，由其作出裁定：判决可能有错误的；执行前罪犯揭发重大犯罪事实或者有其他重大立功表现，可能需要改判的；罪犯正在怀孕的（第 251 条）。

3、死刑缓期二年执行、无期徒刑、有期徒刑、拘役的执行

罪犯被交付执行时，由交付执行的法院将有关法律文书送达监狱或者其他执行机关。被判死刑缓期 2 年执行、无期徒刑、有期徒刑的罪犯由公安机关依法交付监狱执行刑罚。被判拘役的罪犯由公安机关执行。未成年犯在未成年管教所执行刑罚（第 253 条）。

对被判处有期徒刑或者拘役的罪犯，有下列情形之一的，可以暂予监外执行：有严重疾病需要保外就医的；怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女；生活不能自理，适用暂予监外执行不致危害社会的。对被判处无期徒刑的罪犯，有第 2 项规定情形的，可以暂予监外执行（第 254 条）。

执行机关及时收押罪犯后应通知罪犯家属。判处有期徒刑、拘役的罪犯，执行期满，应当由执行机关发给释放证明书（第 253 条）。

4、缓刑的执行

被判处拘役、有期徒刑缓刑的罪犯，由法院宣告缓刑后交有关机关执行。对宣告缓刑的犯罪分子，在缓刑考验期限内，依法实行社区矫正，如果没有本法第 77 条规定的情形，缓刑考验期满，原判的刑罚就不再执行，并公开予以宣告（《刑法》第 76 条）。对于被判处缓刑的罪犯，在宣告缓刑时，宣告了缓刑的考验期。拘役的缓刑考验期限为原判刑期以上 1

年以下，但是不能少于 2 个月。有期徒刑的缓刑考验期限为原判刑期以上 5 年以下，但是不能少于 1 年。缓刑考验期限，从判决确定之日起计算（《刑法》第 73 条）。

被宣告缓刑的犯罪分子，应当遵守下列规定：遵守法律、行政法规，服从监督；按照考察机关的规定报告自己的活动情况；遵守考察机关关于会客的规定；离开所居住的市、县或者迁居，应当报经考察机关批准（《刑法》第 75 条）。宣告缓刑，可以根据犯罪情况，同时禁止犯罪分子在缓刑考验期限内从事特定活动，进入特定区域、场所，接触特定的人。被宣告缓刑的犯罪分子，如果被判处附加刑，附加刑仍须执行（《刑法》第 72 条）。

被宣告缓刑的犯罪分子，在缓刑考验期限内犯新罪或者发现判决宣告以前还有其他罪没有判决的，应当撤销缓刑，对新犯的罪或者新发现的罪作出判决，把前罪和后罪所判处的刑罚，依照本法第 69 条的规定，决定执行的刑罚。被宣告缓刑的犯罪分子，在缓刑考验期限内，违反法律、行政法规或者国务院有关部门关于缓刑的监督管理规定，或者违反人民法院判决中的禁止令，情节严重的，应当撤销缓刑，执行原判刑罚（《刑法》第 77 条）。原作出缓刑裁判的人民法院应当自收到同级公安机关提出的撤销缓刑建议书之日起 1 个月内依法作出裁定。人民法院撤销缓刑的裁定，一经作出，立即生效。

5、假释的执行

对假释犯的监督及处理。对宣告缓刑的犯罪分子，在缓刑考验期限内，依法实行社区矫正，如果没有刑法法第 86 条规定的情形，缓刑考验期满，原判的刑罚就不再执行，并公开予以宣告（《刑法》第 85 条）。根据刑法第 84 条的规定，被宣告假释的犯罪分子，应当遵守下列规定：遵守法律、行政法规，服从监督；按照监督机关的规定报告自己的活动情况；遵守监督机关关于会客的规定；离开所居住的市、县或者迁居，应当报经监督机关批准。

被假释的犯罪分子，在假释考验期限内犯新罪，应当撤销假释，依照本法第 71 条的规定实行数罪并罚。在假释考验期限内，发现被假释的犯罪分子在判决宣告以前还有其他罪没有判决的，应当撤销假释，依照本法第 70 条的规定实行数罪并罚。被假释的犯罪分子，在假释考验期限内，有违反法律、行政法规或者国务院有关部门关于假释的监督管理规定的行为，尚未构成新的犯罪的，应当依照法定程序撤销假释，收监执行未执行完毕的刑罚（《刑法》第 86 条）。

6、管制的执行

被判处管制的犯罪分子，应当由人民法院交由公安机关执行，即对管制的执行权，只能由公安机关行使，其他任何机关都没有这个权力。《刑法》第 38 条规定，判处管制，可以根据犯罪情况，同时禁止犯罪分子在执行期间从事特定活动，进入特定区域、场所，接触特

定的人。对判处管制的犯罪分子，依法实行社区矫正。根据公安部的有关规定，执行管制的具体机关应当是县（市）公安局、公安分局及相当于县级的公安机关。公安机关在对犯罪分子执行管制时，应当注意贯彻群众路线，即充分发挥有关单位或基层组织的作用，依靠群众，监督犯罪分子遵守有关规定。根据《刑法》，被判处管制的犯罪分子，在执行期间，应当遵守下列规定：遵守法律、行政法规，服从监督；未经执行机关批准，不得行使言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利；按照执行机关规定报告自己的活动情况；遵守执行机关关于会客的规定；离开所居住的市、县或者迁居，应当报经执行机关批准。对于被判处管制的犯罪分子，在劳动中应当同工同酬（第 39 条）。

7、剥夺政治权利的执行

对被判处剥夺政治权利的罪犯，由公安机关执行。执行期满，应当由执行机关书面通知本人及其所在单位、居住地基层组织（《刑事诉讼法》第 259 条）。最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部 2012 年制定的《社区矫正实施办法》第 32 条明确规定，对于被判处剥夺政治权利在社会上服刑的罪犯，司法行政机关配合公安机关，监督其遵守刑法第 54 条的规定，并及时掌握有关信息。被剥夺政治权利的罪犯可以自愿参加司法行政机关组织的心理辅导、职业培训和就业指导活动。

人民检察院对执行机关执行刑罚的活动是否合法实行监督。如果发现有违法的情况，应当通知执行机关纠正（《刑事诉讼法》第 265 条）。

参考文献

蔡丹阳，任积丽，法律基础，中国农业出版社，2005。

陈大文，法律基础，复旦大学出版社，2001。

陈光中，法律基础，北京出版社，2006。

陈解生，吴妙英编着，法律基础概论，湖北科学技术出版社，2003。

陈蒲丽，丁良南，李文辉，法律基础，中南大学出版社，2005 。

陈迅，法律基础，重庆大学出版社，2005。

党杰, 刘硕，法律基础教程，北京工业大学出版社，2004。

都沙，法律基础，西南师范大学出版社，2004。

费长山，沈峻主编，法学概论教程，上海财经大学出版社，2002。

高宝营，李浩学，大学法学概论，西北工业大学出版社，2002。

葛现琴，法学概论，郑州大学出版社，2005。

谷春德，法律基础（本科本），高等教育出版社，2003。

顾亚潞，法律基础，华东理工大学出版社，2005。

季安照，法学概论，学苑出版社，2006。

季铁军，法律基础，北京邮电大学出版社，2003。

蒋国庆，法律基础，上海大学出版社，2003。

霍中文，法律基础，立信会计出版社，2004。

江伟钰，大学法律基础教程，华东理工大学出版社，2003。

李建于，苟鑫主编，法律基础，对外经济贸易大学出版社，2008。

李金华，张峰，法学概论（上册），中国物资出版社，2008。

李金华，张峰，法学概论（下册），中国物资出版社，2008。

李峻，石丽媛，法律基础，华中科技大学出版社，2005。

李玉佳，全国高等教育自学考试法学概论，学苑出版社，2004。

梁耀，法律基础，云南科技出版社，2005。

刘建民，法律基础(第二版)，上海交通大学出版社，2006。

刘金祥主编，大学法律基础教程(第二版)，华东理工大学出版社，2007。

刘立富，法律基础新编，华中科技大学出版社，2003。

罗二平，汪志刚，新编法律基础教程，武汉理工大学出版社，2003。

罗映光，饶艾，法学概论（上册），四川大学出版社，2003。

罗映光，饶艾，法学概论（下册），四川大学出版社，2003。

邵晓红，法律基础教程，北京交通大学出版社，2005。

孙兆霞，法律基础，电子科技大学出版社，2007。

汤新祥主编，法律基础教程，经济科学出版社，2004。

王会玲，法律基础教程，人民交通出版社，2006。

王士如，赵维加，法律基础导读，上海财经大学出版社，2006。

王振民，法律基础教程，清华大学出版社，2002。

吴祖谋，李双元，法学概论，武汉大学出版社，2003。

习谏，蒋小平，新编法学概论，河南人民出版社，2004。

肖毅敏，娄耀雄编着，法律基础教程，北京邮电大学出版社，2006。

谢明敦，法律基础教程，北京邮电大学出版社，2000。

许义文，陈建华，法律基础，西南交通大学出版社，2004。

严存生，大学法律基础教程，陕西人民出版社，2003。

杨富斌等，法律基础，社会科学文献出版社，2004。

杨永华，法律基础，同济大学出版社，2005。

元小勇主编，法学概论，江西人民出版社，2005。

张建飞，电大法学系列教材法学概论，北京大学出版社，2004。

张文楚，法律基础，华中科技大学出版社，2003。

张文显，法学概论，高等教育出版社，2006。

张艳丽，法学概论，北京理工大学出版社，2003。

张云秀，法学概论(第二版)，天津人民美术出版社，2000。

赵延安，新编法律基础，西北农林科技大学出版社，2005。
赵会民，法律基础教程(第二版)，北京大学出版社，2000。
赵野田，法律基础教程，高等教育出版社，2004。
朱凯锋，法学概论，人民日报出版社，2006。

ISBN 978-952-67927-1-2

Informyth 英方敏思